



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN GIURISPRUDENZA
CICLO XXIX

***LA CAUSALITÀ DELLA COLPA.
EVITABILITÀ E COMPORTAMENTO ALTERNATIVO LECITO NELLE FATTISPECIE COLPOSE
CAUSALMENTE ORIENTATE***

Coordinatore: Ch.mo Prof. Roberto E. Kostoris

Supervisore: Ch.mo Prof. Mauro Ronco

Dottorando: Luca Carraro

La causalità della colpa. Evitabilità e comportamento alternativo lecito nelle fattispecie colpose causalmente orientate

*A Giulia e alla mia Famiglia,
come sempre e per sempre
la ragione di ogni cosa*

**LA CAUSALITÀ DELLA COLPA.
EVITABILITÀ E COMPORTAMENTO ALTERNATIVO LECITO NELLE
FATTISPECIE COLPOSE CAUSALMENTE ORIENTATE**

<<... che la probabilità ammette il possibile in contrario, e che perciò il giudice che dichiara probabile il delitto nel suo materiale, ammette che possa ancora non esservi stato delitto nessuno ... è intuitivo che col sol mostrare che alcuno morì, non si mostra ancora che fu ucciso; potendo morirsi, e tutto il giorno morendo gli uomini, senza essere uccisi>>

FRANCESCO CARRARA

INDICE

Introduzione..... 1

CAPITOLO I

LA CAUSALITÀ DELLA COLPA. UNA STRUTTURAZIONE ARTICOLATA

1. *La causalità della colpa: una preliminare chiarificazione terminologica* 11
2. *I due livelli (o nessi) logico-normativi della causalità della colpa* 14
3. *Il comportamento alternativo lecito: tra prospettiva statico-dogmatica e dinamico-processuale*
..... 18
4. *Una classificazione delle condotte funzionale alla comprensione della dimensione sostanziale
del comportamento alternativo lecito* 24
5. *L'evoluzione giurisprudenziale italiana sul tema (lato sensu) causale: comportamento
alternativo lecito e aumento del rischio*..... 31

CAPITOLO II

**PER UNA PRELIMINARE DISTINZIONE TRA AZIONE ED OMISSIONE: LE
PROBLEMATICHE DEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO**

1. *Piano d'indagine*..... 54
2. *Il concetto di omissione penalmente rilevante e la distinzione tra reati commissivi e reati
omissivi*..... 55
3. *La difficile emancipazione del reato commissivo mediante omissione (recte: reato omissivo
improprio) dal modello analitico del reato commissivo* 59
4. *La dimensione normativa e la natura deontico-relazionale dell'omissione*..... 63
5. *Reati omissivi propri e reati omissivi impropri* 67
6. *La struttura normativa del reato omissivo improprio*..... 71
6.1. *L'area operativa dell'art. 40 cpv. c.p.* 75
6.2. *L'obbligo giuridico di impedire l'evento: l'individuazione della posizione di garanzia*..... 78
7. *Il rapporto di regola-eccezione tra commettere ed omettere nel passaggio dallo Stato liberale
allo Stato sociale* 94

CAPITOLO III

Sezione I

LA CAUSALITÀ DELLA COLPA NELLA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA ALLA SENTENZA

FRANZESE

1. <i>La crescente attenzione giurisprudenziale per il comportamento alternativo lecito: il problema inizia ad essere concettualmente isolato</i>	106
2. <i>Causalità 'basica' v.s. 'causalità della colpa': il concetto di evento nel comportamento alternativo lecito</i>	107
3. <i>La sentenza sul disastro di Sarno. Il comportamento alternativo lecito tra regole cautelari, evitabilità e concetto di evento</i>	111
4. <i>Causalità della colpa: bastano "apprezzabili, significative probabilità di evitare l'evento"?</i>	120

Sezione II

LE DIVERSE COLLOCAZIONI STATICO-DOGMATICHE DELLA CAUSALITÀ DELLA COLPA E LE RELATIVE CONSEGUENZE EPISTEMICO-PROCESSUALI: L'EVITABILITÀ DELL'EVENTO MEDIANTE IL COMPORTAMENTO ALTERNATIVO LECITO

1. <i>La tesi dell'aumento del rischio nelle fattispecie colpose commissive. La c.d. via italiana all'imputazione obiettiva dell'evento: il grado di accertamento si diversifica in relazione alla qualificazione della condotta</i>	127
2. <i>L'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito nell'ambito del Tatbestand colposo</i>	140
2.1. <i>Le due dimensioni dell'evitabilità: statico-dogmatica e dinamico-procesuale</i>	144
2.2. <i>Autonomia concettuale della 'causalità della colpa' rispetto alla causalità 'basica'. E' la 'causalità della colpa' a qualificare compiutamente il Tatbestand colposo</i>	154
2.3. <i>La dimensione ex ante dell'evitabilità ed il suo rapporto con le regole cautelari</i>	158
2.4. <i>L'accertamento della causalità della colpa esige uno spessore probatorio di alta credibilità logico-razionale confinante con la certezza</i>	167
3. <i>Per una diversa soluzione nella dimensione ermeneutica dell'offensività</i>	178
4. <i>Considerazioni ... conclusive (?)</i>	201
BIBLIOGRAFIA	217

Abstract

La 'causalità della colpa' rappresenta una categoria evocativa dei complessi ed articolati nessi logico-normativi tra condotta ed evento nelle fattispecie colpose causalmente orientate.

Siffatta figura giuridica dischiude un panorama di indagine tra i più dibattuti nel diritto penale contemporaneo, inserendosi, con scottante attualità, nella zona di tensione tra causalità e imputazione, colpa ed omissione, sullo sfondo della sempre più evidente 'flessione' delle categorie dogmatiche classiche.

La ricerca si snoda lungo una costante metodologica: l'attenta distinzione concettuale tra piano statico-dogmatico e dinamico-processuale. Su tale premessa di metodo, il lavoro si propone di affrontare funditus il c.d. 'secondo livello' della causalità della colpa ovvero sia l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito (concetto nel quale si rinviene il principale significato della 'causalità della colpa').

L'evitabilità viene così notomizzata, da un lato, nella prospettiva ex ante, quale momento performativo della regola cautelare sul piano politico-criminale; dall'altro, nella prospettiva ex post, come accertamento processuale dell'efficacia 'impeditiva' del comportamento alternativo diligente.

Prosegue, dunque, l'indagine concentrandosi sulla diversa articolazione del giudizio di evitabilità nelle fattispecie «commissive» e «omissive», sia attraverso l'analisi giurisprudenziale, sia - e soprattutto - attraverso un approfondimento di carattere dogmatico.

Quest'ultimo viene condotto ponendo a prova di torsione le più note ricostruzioni teoriche che hanno dato linfa all'acceso dibattito penalistico sul tema. Principiando dall'imputazione obiettiva dell'evento e dal condizionalismo causale imperniato sul concetto di probabilità scientifico-nomologia, la ricerca evidenzia le aporie cui giungono tali teoriche e propone un diverso accostamento, teso a valorizzare la connotazione autentica del Tatbestand colposo proprio attraverso le potenzialità euristiche di una 'causalità della colpa' rettamente intesa.

Pur ritenendosi infatti condivisibile, da una prospettiva legata al diritto vivente, la collocazione della figura nell'ambito della teoria della colpa (segnatamente quale momento oggettivo dell'evitabilità), il precipitato insoluto delle conseguenze che ne derivano sul versante dinamico-processuale (il residuare di un significativo disvalore d'azione sine poena), sospinge alla ricerca di una soluzione dotata di maggiore equilibrio applicativo.

Sul presupposto critico della necessità di recuperare un concetto di azione meno esangue e, all'opposto, capace di tradurre le 'reali' venature connotative dell'agire umano nel mondo giuridico, la 'causalità della colpa' viene a trovare posto nella dimensione ermeneutica del principio di offensività, quale elemento idoneo a nutrire di significato il complessivo illecito penale.

Tale soluzione - per la quale si inclina sottolineandosi la latente necessità di una generale rilettura della teoria del reato - sembra rinvenire il difficile punto di equilibrio tra le opposte esigenze di cui la realtà giuridica onera la 'causalità della colpa', affondando le radici di tale equilibrio applicativo non su mere considerazioni 'prasseologiche' bensì sulle solide fondamenta del ragionamento filosofico e dogmatico.

Abstract in lingua inglese

The study of “culpability causation” as a dogmatic category underlines the complex logical and juridical connection between the offender’s behavior and the occurrence of a criminal event, particularly when the perpetration of a crime is determined by the mere occurrence of such criminal event and the offence is committed without intent.

Indeed, the said legal principle is one of the most debated among today’s criminal law scholars and touches upon some grey areas in the analysis of causality vs. attribution of the crime to the offender, as well as culpability vs. omitting conduct.

This paper follows the same methodology throughout, and carefully distinguishes between the static-dogmatic approach and the dynamic-court based approach. With this in mind, the author examines in depth the so-called “second stage” of the culpability causation test, i.e. whether the offender could have prevented the occurrence of a criminal event by keeping a proper conduct (which is commonly regarded as the benchmark analysis for this particular category of crimes).

The issue of evitability of the criminal event is discussed both in an ex ante perspective (i.e. how criminal policy should deal with the breach of preventative rules of conduct), and in an ex post perspective (i.e. the court determination of whether keeping a proper conduct would have prevented the occurrence of the event).

The paper then focuses on the different way of implementing the aforementioned test in offences committed by action as opposed to those committed by omission, by reviewing the applicable case law as well as scholarly opinions.

In this regard, the main theories that have propelled the debate in this field of study are put to test and constructively debated.

Following an analysis of the fallacies inherent with the principles of objective attribution of a criminal event to the offender and conditional causality based on the application of scientific rules, the paper proposes an alternative

theory based on a different interpretation of crime-constituting elements, which values the heuristic potential of culpability causation in its genuine sense.

Whilst culpability causation in principle may be regarded as part of the culpability assessment, at least judging from the consolidated case law (i.e. the objective element of evitability), the effect of this qualification on court practice (inevitably certain criminal actions would go unpunished) compels the author to find a different approach based on a more balanced application of the rules examined in the paper.

Considering the need for retrieving a more dynamic concept of criminal action, which is nevertheless able to capture the many actual connotations of human behavior, the author suggests that culpability causation should find its place in the hermeneutics of the principle of harm, as an element embedded in the same which gives significance to the concept of criminal offence as a whole.

Such qualification – which the paper puts forth by highlighting the impending need for a review of the general theory of criminal offence – seems to be the right balance between the conflicting souls of culpability causation, in addition to being grounded on solid philosophical and scholarly foundations, rather than on the deductive study of human action alone.

INTRODUZIONE

Il quadro ‘paradigmatico’ di riferimento

Ogni elaborazione teorica concernente una forma o un oggetto di conoscenza non può prescindere dal riferimento ad interrogativi e problemi ai quali la riflessione cerca di offrire risposte, inserendosi il lavoro di ricerca nell’ambito di specifici paradigmi e sfondi problematici ‘Khunianamente’ intesi¹.

La causalità della colpa, quale figura ‘evocativa’ dei nessi (normativi) sussistenti tra condotta colposa ed evento nei reati di danno causalmente orientati (o a forma libera) rappresenta un punto di intreccio tra diverse categorie dogmatiche le quali, a loro volta, sempre più spesso vengono indagate attraverso una prospettiva ‘extraparadigmatica’ in quanto tributaria di nozioni esplicative e di strumenti euristici provenienti da molteplici settori della conoscenza (piano sostanziale e piano processuale) anche non giuridica² (scienze fisiche o naturali,

¹ Il riferimento è evidentemente a T. KHUN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Chicago, 1962, trad. it., Torino, 1984. Si tratta del modo di incidere dell’argomentazione risultante dalla correlazione tra un problema (sul quale ci si propone di indagare) e la cornice problematica (il paradigma, per l’appunto) entro quale va ricondotto, in modo da poter dare delle risposte servendosi delle categorie concettuali che a quel paradigma appartengono.

La più nota esemplificazione dell’importanza di una tale metodologia trova una molto suggestiva esemplificazione in K. POPPER, *Obiektive Knowledge. An evolutionary Approach*, Oxford, 1972, (trad. it. *La conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, 1975, 266 e ss.). Ricorda Popper come Galileo intendesse risolvere il problema delle maree collocandolo entro il paradigma problematico dei movimenti della terra utilizzando il noto ‘modello del catino’ (spostando quest’ultimo anche il liquido si sposta); ma tale contesto problematico in realtà era giustificato dal fatto che il vero interesse di Galileo fosse quello di porre a prova di torsione le teorie copernicane sui movimenti terrestri. Laddove invece il tema venisse ricollocato entro il diverso sfondo problematico dell’attrazione lunare sui liquidi, la ricerca perderebbe il suo valore intraparadigmatico e si sarebbe dinnanzi ad una riconfigurazione extraparadigmatica del problema. Tale aspetto metodologico di base viene ben sottolineato, nell’importanza penalistica di individuare il contesto paradigmatico di riferimento, da G. LICCI, *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006, passim, 18 – 235.

² Emblematico di un approccio certamente capace di far dialogare gli strumenti concettuali provenienti dal mondo della filosofia, del sapere scientifico e della politica criminale con quelli più prettamente giuridici (sia dal punto di vista ontologico che da quello normativo) risulta certamente il lavoro monografico di G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011; ma anche G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante oggettivo del reato*, Padova, 2013, i quali hanno rappresentato la premessa, nel presente lavoro, per un tentativo di ricostruzione, pur su di un piano più spiccatamente normativo, della causalità della colpa in un panorama causale in costante tensione tra causalità e imputazione.

indagini filosofiche e accostamenti polito-criminali). In questo senso, se i temi della causalità e della colpa³, ma anche dell'omissione impropria⁴, hanno potuto beneficiare di contributi arricchiti da pregevoli e senza dubbio illuminanti riflessioni derivanti da originali accostamenti, nondimeno si avverte l'impressione <<che la plurivoca articolazione degli stessi, in uno alla poliedricità delle prospettive trattate, abbiano sovente messo in ombra l'istanza sistematica e l'ordine concettuale, ingenerando quasi un senso di disorientamento – talvolta addirittura di 'vertigine' -, tanto sul piano teorico, quanto su quello giudiziario applicativo>>⁵.

E questa impressione non può che avvertirsi amplificata laddove ci si interroghi su di un tema, la causalità della colpa per l'appunto, che risulta in certa misura caricato di individuare un punto di equilibrio tra le istanze di ascrizione oggettiva di un fatto ad un soggetto da un punto di vista meramente naturalistico-fisicalista e le istanze di ascrizione di un fatto ad un soggetto sulla base della condotta serbata in quanto colposa (istanze, queste ultime, derivanti da un radice più profondamente filosofica e assiologica tradotta nei principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio colpevole e di offensività).

Lo sfondo paradigmatico in cui si innesta la specifica tematica che ci si propone di indagare, dunque, non può che risultare quello del difficile rapporto - *a fortiori*, come si vedrà, nei reati colposi causalmente orientati - che deve essere instaurato (sul versante oggettivo del reato) tra causalità e imputazione; problema quest'ultimo ancora aperto e ben lontano dal trovare un'appagante soluzione non essendo ancora chiari <<né il ruolo e il significato della *causalità* quale elemento del *Tatbestand* (e quindi il valore normativo o naturalistico della causalità), né la utilità ed efficacia della *imputazione* quale categoria dogmatica deputata a

³ In tema di causalità, si rinvia agli autori richiamati nella nota precedente ed alla bibliografia ivi citata. Per un recente contributo in tema di colpa, condotto con grande profondità anche filosofica e volto a valorizzare l'originaria chiave soggettiva della colpa pur senza negare la fondamentale portata garantista del dato normativo, si veda G. CIVELLO, *La <<colpa eventuale>> nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e <<verità soggettiva>> della colpa*, Padova, 2013.

⁴ Ci si soffermerà sul tema nel capitolo II.

⁵ G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 3.

risolvere un problema forse neppure risolvibile (l'individuazione del principio generale in base al quale imputare un evento ad un soggetto)>>>⁶.

Se questo, così brevemente sunteggiato, è lo sfondo di riferimento – il 'quadro paradigmatico', per dirla con Khun – la tematica della causalità della colpa risulta per certi versi un terreno privilegiato al fine di far emergere certe frizioni e certi equivoci della dogmatica classica, ponendocisi l'obbiettivo non certo di riuscire a risolvere i grandi problemi che affannano la dottrina penalistica degli ultimi decenni (e non solo), ma di contribuire quantomeno a far chiarezza, a isolare determinati concetti – non senza un certo grado convenzione⁷, si intende –

⁶ K. SUMMERER, *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della conditio sine qua non*, in *Ind. Pen.*, 2011, 69 e 70, laddove lo Studioso afferma: <<la *conditio sine qua non* è davvero una teoria empirica e la teoria dell'aumento del rischio è davvero una teoria normativa? Si tratta di definizioni adeguate o di classificazioni frettolose e superficiali, consolidate solo perché tradizionalmente accettate e così 'tramandate' dalla dottrina?>>.

Analoghi interrogativi, in particolare sul tema della *Zurechnung*, occupavano nella dottrina tedesca, già nel 1930, R. HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, in Franck Festgabe, Tübingen 1930, 182; nella dottrina italiana, A. PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in *Cass. Pen.* 2005, 1037 e ss. il quale segue un'articolazione separata dei presupposti causali nell'imputazione negli illeciti dolosi, colposi e a responsabilità oggettiva.

⁷ Si allude in particolare al tema della causalità: questa ricerca non può prendere in considerazione la tematica causale nella sua complessità ed estensione, limitandosi solo a lambirne tangenzialmente alcuni aspetti (in specie con riferimento alla fattispecie omissiva impropria) di confine con la colpa, nell'ottica della più generale problematica dell'imputazione sul versante oggettivo del reato. L'impostazione che seguirà, nell'intento di indagare specificamente la causalità della colpa nel suo secondo gradino (*id est*: il comportamento alternativo lecito) non potrà che far riferimento ad una causalità basata principalmente su di una connessione naturalistica tra fatto ed evento. Non si nasconde tuttavia che, nell'ottica di una rilettura irradiata da un rinnovato realismo nell'illecito penale che parta da una concezione di azione meno esangue rispetto a quella derivante dal meccanicismo-fisicalista ingenerato dalle grandi opere dogmatiche di Beling e Von Listz, la stessa nozione di causalità dominante nella dottrina penalistica italiana dopo l'introduzione del codice Rocco risulta profondamente diversa. Il commiato da un concetto di azione destinata ad essere compresa in tutta la sua cifra valoriale nel dispiegarsi nel tempo quale *continuum* tra condotta ed evento, ha evidentemente sollevato il complesso problema di colmare il vuoto creatosi tra i due referenti del reato, attraverso l'introduzione di una categoria, la causalità appunto, letta come un qualcosa di distinto dall'azione e non più comunicante con i più generali principi di offensività e di autoria personale. Ecco allora che la nascita 'per gemmazione' dell'articolazione codicistica divisa tra gli articoli 40 e 41 (in tema causale) e 42-43 (sotto il profilo psicologico del reato) ha creato terreno fertile per quegli equivoci della dogmatica causale ben messi in luce da G. CARUSO, *op. ult. cit.*, come lo stesso titolo lascia trasparire. Lo stesso utopica pretesa di ricercare la certezza e il più alto garantismo in ambito causale mediante la trasposizione sul terreno giuridico delle 'rassicuranti' certezze della scienza empirica ha del resto trovato la sua beffarda smentita nella dissoluzione (scientifica) del concetto di causa dopo l'avvento della fisica quantistica ed il principio di indeterminazione di Heisenberg, come ben evidenziano le acute parole di K. Popper: <<la causalità va al vento "a cagione" della nostra

collocandoli correttamente nelle stanze della dogmatica ed evidenziando sovrapposizioni e plausibili spiegazioni delle stesse.

Non si tratta, del resto, semplicemente di ‘riposizionare i mobili nella stanza’ e ciò è tanto più evidente nella causalità della colpa, laddove la si osservi dal punto di vista dinamico-processuale, ovverosia nelle applicazioni che ne vengono fatte sempre più spesso dalla giurisprudenza – di merito e di legittimità – pur senza una chiara consapevolezza (o forse, all’opposto, proprio perché mossa dalla percezione) delle implicazioni derivanti da un’impostazione anziché da un’altra⁸.

In definitiva, è proprio nell’orizzonte del più ampio contesto della crisi del c.d. dogma causale⁹ (e della contestuale emersione delle varie correnti di *objektive Zurechnung*¹⁰, unite dal *fil rouge* della logica del correttivo) che deve stagliarsi lo

interferenza con l’oggetto osservato, cioè a cagione di una certa interazione causale>>> (K. POPPER, *Logik der Forschung*, 1934). E nella situazione in incertezza scientifica quasi connaturata alla società post-moderna nella quale l’esistenza di leggi universali è pressoché utopistica, le solidità giuridico-causali vanno incontro ad una frantumazione inesorabile, aprendosi la via alla logica del correttivo ed alla conseguente sovrapposizione di piani, generatrice di confusioni e, in definitiva, di applicazioni pratiche non sempre rispondenti a precise logiche strutturali ma fondate su intuizionismi più o meno disvelati nelle motivazioni della giurisprudenza. Cfr. anche G. LICCI, *La metafora* cit.

⁸ Si allude in particolare allo spessore probatorio che si ritiene debba raggiungere l’efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito (*id est*: la prova che l’evento *hic et nunc* non si sarebbe verificato serbandolo il contegno diligente) al fine di addivenire all’imputazione di un fatto ad un soggetto o, all’opposto, alla sua assoluzione. Sul tema, come si vedrà, si snoda gran parte della ricerca.

⁹ Per avvedersi di come la c.d. ‘crisi del dogma causale’ rappresenti ormai un autentico *topos* nella dottrina penalistica, si veda, quanto al panorama tedesco, E. HILGENDORF, *Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle*, in *Lenckner FS*, München, 1998, 699 ss.; A. HOYER, *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung*, in *GA*, 1996, 160 ss.; K. ROLINSKI, *Statistische Kausalität im Strafrecht?*, in *Miyazawa FS*, Baden-Baden, 1995, 483 ss. Nella letteratura italiana, per tutti, cfr. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, 159 ss.; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 661 ss.; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo del diritto penale*, Milano, 2004.

¹⁰ Volendo dare alcune indicazioni bibliografiche al solo fine di orientarsi nell’ormai ingovernabile produzione giuridica in tema di *objektive Zurechnung*, possono essere ricordati, nella dottrina tedesca, W. FRISCH, *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, in *Fest. für C. Roxin*, Berlin-New York, 2001; H.J. HIRSCH, *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *FS für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, tr. it. a cura di L. CORNACCHIA, ID., *Sulla dottrina dell’imputazione oggettiva dell’evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999. Nella nostra dottrina, il più illustre esponente della c.d.

studio della causalità della colpa, quale più puntuale figura giuridica non sempre adeguatamente notomizzata, né dal punto di vista statico-dogmatico, né da quello epistemico-processuale (sebbene sotto questo secondo profilo ben maggiore sia stata l'attenzione). Figura che, in un certo modo, rappresenta a sua volta una sorta di correttivo al condizionalismo c.d. forte¹¹, volgendosi a riservare l'ascrizione di un determinato evento *hic et nunc* ad un determinato soggetto solamente laddove possa individuarsi in tale evento una conseguenza non solo di quella condotta, ma di quella condotta così come performata dalla violazione di una regola cautelare (e, pertanto, dal primo segmento della misura oggettiva della colpa¹²).

E' evidente allora che interrogarsi sulla trama dei nessi logico-normativi di cui la causalità della colpa si compone risponde ad istanze a dir poco analoghe a quelle cui pretende di dar risposta l'imputazione obbiettiva dell'evento ricercando <<sin da subito (cioè sul versante oggettivo) i criteri di imputazione del fatto al soggetto sul piano valutativo, ispirandosi a considerazioni di opportunità imputativa>>, attingendo da un nutrito 'florilegio' di *topoi* dogmatici, <<vuoi dall'antica dottrina dell' "adeguatezza causale", vuoi dall'ambito delle problematiche definite dal rischio consentito, vuoi dal rapporto tra colpa ed evento, sovrapponendoli e mescolandoli a elementi residuali delle varie dottrine causali>>¹³. Ma come Mauro Ronco ben evidenzia - ponendo in luce un'inscindibile legale sussistente tra la dimensione causale e quella

via italiana dell'imputazione oggettiva dell'evento (la quale prende le distanze dalle degenerazioni del mero aumento del rischio) è M. DONINI, voce <<Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)>>, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2010; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011. Date queste indicazioni di base si avrà modo di tornare sul punto nel prosieguo della ricerca, soprattutto per quanto concerne la posizione di Massimo Donini in tema di causalità omissiva.

¹¹ Si veda sul punto M. RONCO, *La dimensione oggettiva del fatto tipico: il nesso causale tra condotta ed evento*, in *Il Reato, Commentario sistematico al codice penale*, M. RONCO (a cura di), 2, Bologna, 2011, 177 e ss.; G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 161 e ss., e 212 e ss..

¹² Cfr. sul punto M. RONCO, *Gli elementi soggettivi del fatto tipico, La colpa in particolare*, in *Commentario* cit., 607, 608, 609 e la bibliografia ivi citata; si veda anche M. GALLO, *Colpa penale (diritto vigente)* in *Enc. Dir.*, Vol. VII, Milano, 1960, 624 e ss.; D. CASTRONUOVO, *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1594 e ss.; ID, *La colpa penale*, Milano, 2009; per una recente ricostruzione tesa a valorizzare la radice soggettiva della colpa, si veda G. CIVELLO, *La colpa* cit..

¹³ Cfr. M. RONCO, *La dimensione oggettiva*, cit., 245.

dell'offensività penalistica - pur riconoscendo <<un certo spazio ad un categoria concettuale che può anche essere denominata come "imputazione oggettiva">>, è necessario non nascondersi come tale categoria abbia quale <<referente materiale (ontologico) non il problema della causalità tra la condotta e l'evento naturalistico, bensì il significato del fatto in termini di offesa al bene giuridico>>¹⁴.

La causalità della colpa, del resto, sembra proprio volta a selezionare tra le ipotesi di fattispecie colpose astrattamente corrispondenti al tipo normativo quelle nelle quali venga effettivamente a materializzarsi una lesione che porti 'imprese le tracce' di una certa colpa nell'agire (o nell'omettere). E nel fare ciò appare un referente operativo del più generale principio di offensività, pur nel dialogare costantemente con i principi di autoria personale, di responsabilità (autenticamente) colpevole e di legalità.

In altri termini indagare la causalità della colpa significa porsi sull'imperverso displuvio tra causalità e colpa, in una sottile linea di confine onerata di un compito assai complesso, comprensibile solamente mediante un'analisi puntuale sulla sua articolata struttura e mediante la ricerca di una collocazione dogmatica che si riveli coerente con le esigenze che la stessa deve riuscire a conciliare.

Si vedrà, nel corso dell'indagine che il tema si pone, infatti, in un ambito teorico tra i più dibattuti nel panorama dottrinale e giurisprudenziale contemporaneo, la cui cifra di maggiore problematicità è determinata proprio dalla necessità che il ricercatore 'isoli' e collochi concettualmente - e assiologicamente - lo specifico tema trattato entro un corretto quadro dogmatico, domandandosi se le due dimensioni di cui - come si dirà - essa si compone trovino posto nelle stanze della causalità, della colpa, della categoria (forse troppo affollata) dell'imputazione obiettiva dell'evento o ancora nella stessa dimensione ermeneutica dell'offensività, giungendo a interrogarsi sulla ragione profonda - e non meramente prasseologica o politico-criminale - per la quale, in determinate ipotesi, pur a fronte di una causalità materiale e di una chiara violazione cautelare,

¹⁴ *Ibidem.*

il diritto penale arretri, rinunciando a muovere un addebito di responsabilità laddove manchi una prova certa circa le potenzialità salvifiche del comportamento alternativo lecito.

Sul punto, è indispensabile la massima acribia concettuale, non solo per il rigore che si conviene a ogni elaborazione teorica che ambisca a porsi con serietà nel dibattito penalistico offrendo un piccolo tassello nel sempre perfettibile mosaico della ricerca, ma - non ultimo - per il determinato rilievo che da tale previa selezione statico-dogmatica dipende la risoluzione, o quantomeno una non apodittica e autoreferenziale configurazione, dei correlativi problemi ‘dinamico-processuali’.

Sul piano probatorio, infatti, non volendo sentirsi appagati da spiegazioni meramente prasseologiche o dettate da intuizionismi per loro natura imprecisi e forieri di pericoli trascendenti il problema indagato, si è reso necessario domandarsi se, in che termini e per quali ragioni siano possibili delle flessioni al rigore probatorio così graniticamente scolpito dalla sentenza Franzese, laddove il tema di accertamento sia la causalità della colpa ed in specie l’evitabilità dell’evento mediante il comportamento lecito. Ci si è interrogati in altri termini su quale sia lo standard probatorio da richiedere all’accusa per provare (art. 192, co. 1, c.p.p.) ed al giudice per motivare (art. 546, lett. e), c.p.p.) il convincimento che l’evento si sarebbe evitato mediante il comportamento alternativo diligente: la ‘credibilità logico-razionale confinante con la certezza’, il ‘più probabile che non’ o ancora le apprezzabili/non trascurabilità probabilità di successo o addirittura le mere (anche minime) possibilità di scongiurare l’evento?

Tutte domande, queste, alle quali si è cercato di dar risposta seguendo una costante metodologica che corre lungo tutta la ricerca: evidenziare passo passo una chiara demarcazione concettuale dei profili indagati tra il piano statico-dogmatico e dinamico-processuale. Costante metodologica che ha permesso di comprendere e dipanare per gradi successivi i problemi sollevati e resi ancor più ostici proprio dall’intreccio gordiano tra i due piani che caratterizza tale tematica.

La ricerca dunque si propone di chiarificare, protendendosi verso una soluzione coerente, quella complessa ed articolata trama di nodi problematici che

si annidano al fondo di questa affascinante e stimolante figura, mediante un percorso che, fendendo trasversalmente le grandi 'regioni' dogmatiche del diritto penale, giunga a rintracciare le coordinate veramente significative del *Tatbestand* colposo.

Senza voler anticipare troppo venendo meno alla buona consuetudine del 'mistero', si tratterà di isolare concettualmente la causalità della colpa dalla adiacente causalità 'basica' (della quale, come si vedrà, condivide la struttura epistemologica), evidenziandone poi la complessa articolazione su due livelli; si passerà poi per la problematica distinzione tra azione ed omissione - vero crocevia per la risoluzione di molti problemi del diritto penale generale - soffermandosi conseguentemente sugli orientamenti giurisprudenziali precedente alla Franzese al fine di saggiarne la sensibilità nel distinguere i profili omissivi della colpa rispetto alla struttura della condotta omissiva impropria e di toccare con mano, senza 'timori reverenziali' nell'analisi critica, i risultati portati dalla storica sentenza in punto di accertamento della causalità omissiva. Insinuandosi quindi tra i nodi irrisolti dalle Sezioni Unite ci si ritroverà, *in medias res*, nel cuore della ricerca, evidenziandosi come le problematiche superate in tema di causalità *tout court* dallo storico arresto riemergano, più 'voraci' di prima ma a schemi invertiti¹⁵, nell'ambito della causalità della colpa. Si proseguirà dunque mediante una disamina analitica delle principali ricostruzioni teoriche affacciate sul panorama dottrinale italiane - secondo quella costante metodologica di cui si diceva - distinguendosi costantemente le varie collocazioni statico-dogmatiche e le relative ripercussioni dinamico-processuali al fine di saggiarne la coerenza complessiva.

Si giungerà così a riposizionare l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito proprio attraverso una chiarificazione della indefessa dialettica tra prospettiva *ex ante* ed *ex post* che caratterizza le regole cautelari (e la connessa evitabilità), concludendosi con una precisa collocazione statico-dogmatica ed una conseguente chiara definizione dello standard probatorio richiesto sotto il profilo dinamico-processuale.

¹⁵ Si vedrà nel corso della ricerca come questa espressione che potrebbe risultare ora priva di carica evocativa, disveli in realtà un sua significativa pregnanza sintetica.

Infine si presenterà una soluzione alternativa, meno ancorata alla – oramai tradizionale – visione atomistica e forse eccessivamente parcellizzata del reato, ma più d’ogni altra idonea a conciliare le opposte esigenze che, come sin dalle prime battute si continua a ritenere, gravano su una ‘causalità della colpa’ divenuta sempre più punto di equilibrio dell’intero Tatbestand *colposo*.

Siffatta visione - si avrà modo di disvelare - radicando su basi filosoficamente e assiologicamente profonde la stessa ragion d’essere del diritto penale, riporterà alla luce il profilo di fondo che irradia la vera cifra significativa del comportamento umano così come proiettato nel fatto di reato, offrendo una razionale ed appagante spiegazione anche dei fenomeni di flessione probatoria registrati in giurisprudenza.

Questo diverso e riscoperto accostamento ermeneutico, del resto, finirà per schiudere nuovi orizzonti di riflessione i quali, nel segnare un approdo ‘provvisorio’ della ricerca, riconfermeranno nel contempo come lo studio della materia penale sia un costante divenire lumeggiato dal suo complesso e principale protagonista: l’essere umano.

La causalità della colpa. Evitabilità e comportamento alternativo lecito nelle fattispecie colpose causalmente orientate

CAPITOLO I

LA CAUSALITÀ DELLA COLPA.

UNA STRUTTURAZIONE ARTICOLATA

Sommario: 1. *La causalità della colpa: una preliminare chiarificazione terminologica* - 2. *I due livelli (o nessi) logico-normativi della causalità della colpa* - 3. *Il comportamento alternativo lecito: tra prospettiva statico-dogmatica e dinamico-processuale* - 4. *Una classificazione delle condotte funzionale alla comprensione della dimensione sostanziale del comportamento alternativo lecito* - 5. *L'evoluzione giurisprudenziale italiana sul tema (lato sensu) causale: comportamento alternativo lecito e aumento del rischio*

1. La causalità della colpa: una preliminare chiarificazione terminologica

L'espressione 'causalità della colpa' - di conio dottrinale e giurisprudenziale - trova cittadinanza e legittimazione nel diritto positivo italiano, come puntualmente nota P. Veneziani¹⁶, in forza di precisi referenti normativi, tanto in generale quanto in relazione alle fattispecie colpose causalmente orientate.

Basti pensare all'art. 598 c.p. <<chiunque **cagiona per colpa** la morte di una persona>> o all'art. 590 <<chiunque **cagiona** ad altri **per colpa** una lesione personale>> o ancora all'art. 449 c.p. <<chiunque **cagiona per colpa** un disastro>> ma ancor più emblematicamente all'art. 43 c.p. laddove viene

¹⁶ Cfr. P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito* in Cass. Pen., 2013, II, 1224.

espressamente richiesto che l'evento del delitto colposo debba verificarsi <<a **causa** di negligenza, imprudenza, imperizia ovvero per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline>> (il grassetto è ovviamente di chi scrive).

Invero con la locuzione 'causalità della colpa' viene evocata, in via generale, la trama tematica dei nessi logico-normativi tra condotta (colposa) ed evento che compongono e completano il modello tipico delle fattispecie colpose causalmente orientate¹⁷.

Per sgomberare immediatamente il "tavolo di ricerca" da qualsiasi equivoco va, dunque, precisato ciò che in altra prospettiva paradigmatica potrebbe risultare ovvio e scontato: la colpa, nella realtà materiale, non cagiona di per sé nulla, così come non cagiona nulla l'omissione (almeno su di un piano schiettamente naturalistico); la colpa vive, infatti, - ma non si esaurisce - in una dimensione eminentemente normativa (sul versante obbiettivo del reato), traducendosi in un giudizio avente ad oggetto innanzitutto una condotta umana, la quale sarà aggettivabile come colposa (in prima battuta) allorquando risulti in contrasto con una regola cautelare cui l'agente avrebbe dovuto conformare il proprio contegno.

Solo la condotta attiva, dunque, potrà *stricto sensu* "cagionare" l'evento, ossia - in via di prima approssimazione, potendosi aprire degli orizzonti problematici anche in relazione allo stesso concetto di evento penalmente rilevante¹⁸ - un risultato percepibile sotto il profilo fenomenico.

¹⁷ Tra gli scritti più recenti, utili anche per orientarsi tra l'ormai ragguardevole bibliografia, cfr. P. VENEZIANI, *Causalità della colpa*, cit., 2013, 1224-1244; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 207 ss.; L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, 4107-4138; tra gli scritti più risalenti, sempre nella dottrina italiana, cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., spec. 659-723; A.R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 93 ss.; cfr. anche ID., *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1096 e ss.

¹⁸ Cfr. E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1100-1101, ove l'illustre Autore, dopo aver individuato il cuore giuridico-concettuale del problema e aver preso le distanze tanto dalla tradizionale interpretazione dell'evento in senso naturalistico, quanto da quella dell'evento in senso giuridico, afferma: <<Per dare ragione delle menzionate aporie è invero sufficiente distinguere, in seno alla concezione naturalistica dell'evento, un duplice significato: quello, in senso stretto, che fa riferimento al risultato *cronologicamente scisso* dalla condotta, e quindi *sussequente*, sia pure per un solo istante, alla

La regola cautelare, viceversa, <<orienta la verifica della tipicità del fatto colposo in un'ottica normativa che si aggiunge a quella fenomenica e la presuppone>>¹⁹.

Pertanto, in via di prima chiarificazione concettuale, deve evidenziarsi che per quanto di interesse nel mondo del diritto (*sub specie* di imputazione di un evento), a cagionare l'evento non è la colpa, ma una condotta 'curvata' dalla componente colposa²⁰.

Evidentemente ciò si riflette sul piano dell'accertamento, il quale dovrà in primo luogo vertere sulle dinamiche reali, *in rerum natura*, estendendosi solo poi alla verifica dei nessi logico-normativi che completano il livello tipico delle fattispecie colpose causalmente orientate²¹.

In altri termini, alla base dell'accertamento, si imporrà pur sempre²² un'indagine sulla causalità 'fisica', ovverosia sul piano della oggettiva attribuzione naturalistica di un dato evento ad una data condotta in rapporto di

stessa (es.: la morte nell'omicidio), e quello in senso ampio, comprensivo anche di quei risultati che sono *concomitanti* all'ultima fase della condotta (es. l'assenza del detenuto in carcere nell'evasione, la presenza del soggetto attivo nella violazione di domicilio), e che quindi si compenetrano con essa restando solo *logicamente* - ma non anche *cronologicamente* - scissi dalla medesima>>, concludendo che questa del resto sarebbe stata la scelta del codice Rocco per il quale <<ogni reato ha come suo elemento costitutivo un evento naturalistico, o è diretto verso di esso (come nel tentativo o nei reati a consumazione anticipata)>>.

¹⁹ Cfr. P. VENEZIANI, *Causalità* cit., 1125.

²⁰ Cfr. G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio". Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013, 278 (in particolare, nota n. 55, ove l'autore confutando la tesi di Exner, riportata da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, afferma: <<a tale debolissima obiezione è sufficiente replicare che, in tema di evitabilità, non viene in rilievo un nesso tra *colpa* ed evento, bensì tra *condotta colposa* (in quanto declinata in termini normativi di antidoverosità) ed evento>> (corsivi originali).

²¹ Cfr. L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in Cass. Pen. 2005, 4110: <<Può ben parlarsi allora, in relazione al nesso tra colpa ed evento, di causalità della colpa, purché sia chiaro che si tratta di un requisito diverso rispetto alla causalità naturalistica della condotta. La causalità della colpa presuppone anzi, come esistente, il rapporto di causalità materiale tra condotta ed evento: non avrebbe senso, infatti, porsi un problema di imputazione colposa dell'evento, qualora detto evento non sia la conseguenza, sul piano fisico materiale, della condotta contraria alla regola di diligenza>>.

²² Si avrà modo di vedere come quello esplicitato or ora nel corpo di testo sia un inquadramento ancora del tutto generale, destinato a complicarsi di molto allorquando verranno ad essere prese in considerazione le fattispecie omissive improprie.

causa (o quantomeno di concausa) ed effetto, sul quale si innesterà poi la causalità della colpa quale momento normativo volto a distinguere la funzione descrittiva della causalità *stricto sensu* intesa sul mero piano fiscalista e la diversa – per quanto connessa – funzione ‘imputativa’ della causalità giuridica.

Ciò evidenzia come la ‘causalità della colpa’, nella pienezza delle implicazioni che richiama, si presenti non quale mero dato normativo che utopicamente – e pericolosamente – possa affermare la prescindibilità dalla base reale dell’illecito penale, bensì una figura complessa, volta a sottolineare sia le esigenze di attribuibilità sul piano oggettivo della causalità, sia le esigenze di tipicità colposa della ‘curvatura soggettiva’ della fattispecie.

Pertanto, inserirsi nel dialogo scientifico circa la ‘causalità della colpa’ significa affrontare, a valle di un preliminare accertamento sulla causalità materiale, la duplice prospettiva della quale essa appare composta, o, se si preferisce, la problematica relativa ai due livelli di nesso logico-giuridico che la dottrina italiana ha individuato intorno al tema evocato.

2. *I due livelli (o nessi) logico-normativi della causalità della colpa*

Come anticipato la ‘causalità della colpa’ - che non va identificata (concettualmente ed in generale) con la causalità *tout court* (della quale, come si vedrà, pur condivide la struttura epistemologica) - si compone di due rapporti (o livelli).

Da un lato, infatti, ‘causalità della colpa’ significa concretizzazione del rischio attivato con la condotta dell’agente nell’evento dannoso, configurante l’integrazione del primo segmento di tipicità della condotta illecita, o, con dizione più sintonica rispetto alle varie anime di *Zurechnungslehre*, concretizzazione dello specifico rischio che la regola cautelare mirava a prevenire - *aliis verbis*: corrispondenza allo scopo di tutela della norma - (primo nesso colpa-evento). In forza di tale requisito la responsabilità colposa andrebbe limitata a quei soli eventi lesivi del bene giuridico protetto che la regola cautelare specificamente violata

mirava a evitare²³, posto che l'evento può legittimamente considerarsi prodotto 'a causa' di negligenza o imprudenza (essendo conseguentemente imputabile alla colpa dell'agente) solo laddove incida - in base ad una valutazione *ex post* implicante il riferimento all'evento concreto e alle sue modalità di produzione²⁴ - nel 'cono previsionale' dello scopo di protezione della regola cautelare violata²⁵.

In sintesi, la prima dimensione della c.d. causalità della colpa occupa lo spazio teorico della c.d. 'concretizzazione del rischio', come noto proprio quello che sarebbe poi stato attratto nell'orbita gravitazionale' di uno tra i più coltivati *topoi* della dottrina dell'imputazione obiettiva dell'evento.

Dall'altro lato, e sotto il profilo che più specificamente qui interessa, 'causalità della colpa' significa "prova di torsione" della regola cautelare nella connotazione intensiva del caso concreto, mediante lo strumento logico-giuridico del giudizio controfattuale e, più precisamente, richiede di ripercorrere i passaggi giuridicamente rilevanti del fatto storico sostituendo mentalmente al contegno attivo od omissivo colposo (già provato come tale quanto alla obiettiva violazione della regola di diligenza) il comportamento alternativo lecito, ossia quel comportamento prescritto dalla norma cautelare violata, arrivandosi quindi a

²³ Così G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 262; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 418.

²⁴ Cfr. L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4112: <<Perché l'evento possa imputarsi a colpa dell'agente [...] è necessario che tanto l'evento quanto il decorso causale che lo ha prodotto, almeno nei suoi tratti essenziali, rientrino nell'ambito dei prevedibili sviluppi causali, il cui prevedibile verificarsi costituisce il presupposto della regola cautelare che doveva essere osservata nel caso concreto>>.

²⁵ Cfr. A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione*, in *Cass. pen.*, 2004, 4308: Posto che il dovere di diligenza si presenta di tipo strumentale, in quanto prescrive comportamenti finalizzati all'impedimento di specifici eventi, per potersi addebitare all'agente la realizzazione 'per colpa' dell'evento è indispensabile che esso appartenga al novero di quelli che la regola cautelare violata mirava a prevenire. Diversamente opinando, laddove cioè si ritenesse il soggetto agente responsabile per aver cagionato, con una condotta negligente, un evento pur lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, ma non rispondente alla tipologia di eventi specificamente considerata *ex ante* dalla norma cautelare, si farebbe riposare l'addebito di responsabilità sulla semplice causazione fisica dello stesso, e non su quella di un evento in cui la violazione cautelare della condotta avesse impresso il proprio 'disvalore' in termini di antiprecettività.

verificare se l'evento, nel suo rimarchevole e tendenzialmente irripetibile *hic et nunc*, si sarebbe comunque verificato (secondo nesso colpa-evento)²⁶.

La sola ricorrenza della prima dimensione della c.d. 'causalità della colpa', infatti, non sarebbe ancora sufficiente ad assicurare che <<l'evento sia autenticamente, e in senso pregnante, 'espressione' della violazione cautelare>>²⁷. Potrebbero infatti ipotizzarsi situazioni nelle quali, pur essendo l'evento in concreto verificatosi rientrando tra quelli oggetto di prevenzione cautelare e pur avendo il soggetto agito in violazione di una regola di diligenza, il giudice possa giungere alla conclusione che, anche laddove l'agente avesse tenuto il comportamento alternativo lecito (*recte*: diligente), l'evento stesso si sarebbe, nondimeno, verificato negli stessi termini fattuali. Si profilerebbe, quindi, l'esistenza di un altro accertamento condizionante l'imputazione del fatto colposo: l'accertamento che, nel caso concreto, l'osservanza della regola cautelare avrebbe impedito la verifica dell'evento²⁸.

Di qui, l'essenza della seconda dimensione della c.d. 'causalità della colpa', consistente nell'evitabilità' (con valutazione, come si vedrà, da effettuarsi *ex post*) dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito²⁹.

²⁶ Cfr. per tale suddivisione su due livelli P. VENEZIANI, *Causalità* cit., 1225 e 1226; ma anche G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 264; ID., *Non c'è dolo senza colpa, Morte della <<imputazione oggettiva dell'evento>> e sua trasfigurazione nella colpevolezza?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 25.

²⁷ G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 246.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Va sottolineato che quanto precede, nella stessa misura di quanto seguirà, riposa su degli assunti di base (in ordine al più generale tema della causalità) che non possono essere adeguatamente svolti in questa sede, ma che devono, per chiarezza espositiva e concettuale, quantomeno venir richiamati. Potremmo riassumere, al modo di una mappa concettuale, tali assunti di fondo come segue: 1. il condizionalismo c.d. in 'senso debole' (ossia nella sua connotazione logica di giudizio controfattuale), costituisce un prezioso e insostituibile strumento di razionalità decisoria a disposizione del giudice, da un lato, ed un grimaldello capace di dare risposta alle istanze garantiste, dall'altro; 2. in tale diversa declinazione, tuttavia, esso non è utilizzato nell'esperienza giudiziaria al solo fine di accertare la sussistenza del nesso condizionalistico in vista dell'imputazione oggettiva dell'evento alla condotta - e quindi per risolvere, *lato sensu*, il c.d. problema causale -, ma anche per decidere ulteriori e diversi momenti attestanti la rilevanza complessiva del torto penale (primo fra tutti quello della c.d. causalità della colpa attraverso la delibazione delle potenzialità preventive del c.d. comportamento alternativo lecito); 3. La linea guida per addivenire ad una corretta qualificazione del problema dogmatico di volta in volta suscettibile di soluzione attraverso il ricorso al 'controfattuale' non può essere il mero giudizio

I due momenti di cui si è or ora fatta menzione costituiscono la razionalizzazione, su di un piano eminentemente logico, di una scansione valutativa che non può considerare gli stessi elementi in entrambi i frangenti: dimostrare che una certa condotta sia stata caratterizzata dalla violazione delle norme cautelari che *ex ante* avrebbero dovuto indirizzare il contegno dell'agente (commissivo od omissivo che sia, malgrado si vedrà poi che la stessa scansione così schematicamente proposta si presenterà assai problematica dinanzi alle, da più parti evidenziate, inconciliabili diversità tra commissione ed omissione) non significa ancora dimostrare che le tracce di disvalore rinvenienti nell'evento costituiscano il precipitato logico del disvalore insito nella condotta laddove si acceda ad una visuale *ex post*. E, allo stesso modo, l'evidenza di una tale congruità tra rischio attivato dalla condotta e rischio realizzatosi nell'evento – vale a dire tra il pericolo che la norma cautelare mirava ad evitare e pericolo di fatto concretizzatosi a seguito del comportamento contrario alla regola di diligenza – non equivale ancora alla verifica circa la reale ed effettiva capacità impeditiva dell'evento da parte del comportamento alternativo (indicato dalla norma cautelare come) lecito.

Questo secondo livello afferente al tema del c.d. comportamento alternativo lecito – e sul quale si concentrerà l'attenzione e lo sviluppo della ricerca – presenta delle caratteristiche di tutto interesse. Se infatti esso rappresenta *prima facie* un nodo indubbiamente dogmatico, nel contempo disvela anche la sua 'crucialità' nell'ottica dell'accertamento processuale (entro la quale, peraltro, è stato maggiormente impiegato e sondato da dottrina e giurisprudenza).

Ci focalizzeremo ora, dunque, su questo secondo nesso.

dell'eliminazione mentale - il quale rispecchia un'immutabile modularità, insensibile rispetto ai singoli contenuti trattati -, ma solo il contesto problematico dal quale muovono l'interprete e il giudice.

Per un compiuta tematizzazione di questi problemi si rinvia, ancora una volta a G. CARUSO, *Gli equivoci* cit. e a G. LICCI, *La metafora* cit.

Poste queste premesse di base è allora ben possibile comprendere la fitta rete di problemi emergenti da una siffatta impostazione e, nel contempo, individuare la ragione della suddivisione su due livelli della 'causalità della colpa' in precedenza richiamata.

3. *Il comportamento alternativo lecito: tra prospettiva statico-dogmatica e dinamico-processuale*

In via di prima approssimazione e su di un piano logico il comportamento alternativo lecito rientra nella più generale categoria dei c.d. fattori causali alternativi ipotetici (o disgiuntivi) i quali possono essere ‘etichettati’ come antecedenti solo laddove pensati e ipoteticamente immessi - o per usare le parole di M. Bunge, sostituiti ad altri effettivi³⁰ - dall’interprete nel reale dinamismo eziologico verificatosi. Pertanto siffatta figura troverebbe posto all’interno di quell’insostituibile strumento di razionalità giuridica rappresentato dal c.d. giudizio controfattuale da collocarsi nell’ambito di quello che si è in precedenza definito ‘condizionalismo in senso debole’. Tuttavia è chiaro che se tale strumento ha una valenza euristica indiscutibile è altrettanto chiaro che, riproducendo una modularità sempre costante, si presenta del tutto adiaforo, insensibile, rispetto al piano assiologico-giuridico, conseguendone la necessità di una specifica selezione, su di un piano dogmatico-concettuale posto a monte del dispiegamento del giudizio alternativo-ipotetico, dell’oggetto da indagare.

Emerge dunque la necessità di distinguere due poli di indagine nell’accostarsi allo studio del c.d. comportamento alternativo lecito, l’uno posto sotto il profilo statico-dogmatico, l’altro su quello più propriamente dinamico-processuale³¹.

Sotto il primo profilo (statico-dogmatico) va immediatamente evidenziato che, a dispetto di quanto l’assonanza terminologica ed il paradigma di modularità epistemica potrebbero indurre a credere, l’indagine circa il comportamento alternativo lecito non coincide sempre con l’indagine *lato sensu* causale.

³⁰ M. BUNGE, *La causalità. Il posto del principio causale nella scienza moderna*, trad. it., Torino, 1970, 144 e ss.

³¹ Considerazioni del tutto analoghe e foriere di un incedere metodologico in certa parte simile a quello qui proposto vengono svolte da G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 237-238 al quale si deve un grande tributo nel districare il tema da una serie di sovrapposizioni che non contribuiscono certo alla chiarezza di un problema così complesso.

Si presentano infatti costellazioni di casi molto variegati nelle quali l'accertamento del comportamento alternativo lecito viene chiamato in discussione assumendo una pregnanza autonoma e ben più tipizzante del mero nesso causale naturalistico.

Ad esempio possono essere ricordati i casi di accertamento causale dell'illecito omissivo improprio³², l'accertamento della causalità della colpa (nel suo secondo livello o nesso) nei reati colposi causalmente orientati ad assorbente coefficiente colposo omissivo o, all'opposto, attivo; l'accertamento causale nell'illecito commissivo doloso che abbia impedito decorsi causali salvifici, e l'elenco potrebbe continuare.

I temi ora brevemente delineati (in particolare i primi due ricordati) rappresentano un centro di interesse e dibattito che coinvolge alcuni tra i più autorevoli esponenti della dottrina penalistica contemporanea nella ricerca di una collocazione sistematica al comportamento alternativo lecito, calato nelle rispettive trame problematiche, che riesca a rendere poi ragione delle flessioni probatorie riscontrabili nell'applicazione giurisprudenziale.

Aliis verbis, l'interprete che si interroghi su 'cosa sarebbe accaduto se l'agente avesse serbato un contegno conforme alle regole di diligenza in luogo di quello storicamente manifestato, deve ancor prima domandarsi: di cosa ci si sta occupando? Di causalità giuridica o di causalità della colpa da inserire nell'ambito della teoria della colpa stessa? O ancora di problemi di objektive Zurechnung o forse anche di offensività?³³

E' evidente allora che solo avendo ben in mente questa preliminare opera di selezione sul piano statico-dogmatico è possibile valutare le tendenze e le ricadute che si avvertono sul piano dinamico-processuale.

Con riferimento al secondo profilo, infatti, la domanda da porsi è in che termini, a quali condizioni e, in definitiva, con quale grado di spessore probatorio

³² Intorno al quale si vedrà - dopo un approfondimento specificamente dedicato alla struttura dell'omissione impropria nel cap. II - si presentano dei profili fortemente problematici di sovrapposizione tra l'accertamento causale e l'accertamento della c.d. causalità della colpa.

³³ Ancora una volta il riferimento a questi interrogativi di fondo si deve a G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 238 che rappresentano la filigrana dell'ultima parte dell'opera.

si debba accertare che l'evento non si sarebbe verificato se l'agente avesse conformato la propria condotta al contegno indicato dalla norma (prescrittiva o modale³⁴) violata.

In altre parole affinché possa confermarsi l'enunciato di ascrizione oggettiva del fatto colposo all'agente, è necessario domandarsi se la prova dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito debba essere raggiunta in termini di elevata credibilità logico-razionale confinante con la certezza o se, invece, ci si possa accontentare di soglie meno rigorose. Ed in questo secondo caso si porrebbe il problema – che riallaccia l'incedere metodologico al piano dogmatico – di comprendere quali ragioni possano giustificare una siffatta flessione del rigore probatorio.

La questione non è di poco momento: laddove ci si ponga nella prospettiva precipua dalla quale muove la ricerca, ovverosia principiando a considerare il comportamento alternativo lecito sotto il profilo logico, le soluzioni potrebbero differire (e in effetti differiscono, come si vedrà³⁵) a seconda dell'inquadramento dogmatico di riferimento rispettivamente quale nota interna della teoria della colpa, o dell'imputazione oggettiva dell'evento o della causalità o ancora dell'offensività.

Se infatti la giurisprudenza consegna soluzioni differenti giungendo in taluni casi a ritenere sufficiente un valore probatorio meno stringente di quello evocato dalla 'probabilità logico-razionale confinante con la certezza', rimane da chiarire su quale opzione dogmatica questa flessione si fondi, non potendosi avallare *sic et simpliciter* spiegazioni basate su difficoltà probatorie (alle quali va pur attribuito un rilievo, ma non certo - per così dire - 'genetico').

Si pensi sotto questo aspetto – anticipando in parte una tematica che sarà meglio approfondita nel corso del Cap. III – alla ricostruzione secondo la quale, evidenziando la parzialità della sentenza 'Franzese', si potrebbe rinvenire un frazionamento, o un modello 'differenziato', del ragionamento causale in

³⁴ Sul punto molto interessante si rivela la distinzione tra norme prescrittive in senso proprio e norme modali effettuata con lucida analiticità da A. NAPPI, *La causalità* cit.

³⁵ Si veda *infra* Cap. III.

relazione al fatto che si dibatta, da un lato, di causalità commissiva o, dall'altro, di causalità omissiva per ragioni di carattere strettamente epistemologico: nel secondo caso, il ricorso al 'controfattuale' presenterebbe il connotato dinamico dell'ipotesicità in luogo dell'effettualità, derivante a sua volta da una struttura 'predittiva' anziché 'esplicativa'³⁶, dovendosi interrogare il giudice, in definitiva, su cosa sarebbe accaduto laddove il comportamento alternativo lecito fosse stato serbato. E, posto che la risposta potrebbe darsi solo in termini possibilistico-probabilistici (proprio a causa, si perdoni il gioco di parole, della predittività immanente al ragionamento probatorio), si potrebbero avere diverse alternative³⁷

³⁶ Deve essere operata una chiarificazione sul punto. Invero l'assunto secondo il quale il ragionamento dispiegato dal giudice in tema di causalità omissiva sia di carattere predittivo deve fare i conti con il fatto che ogni processo, indipendentemente da ogni modularità probatoria, è finalizzato alla valutazione di un accadimento che si staglia nel passato ed avente ad oggetto un comportamento umano. Ne discende che ogni indagine condotta dal giudicante risulta orientata in funzione esplicativa verso il passato; distinguere rigidamente tra ricostruzioni esplicative e predittive, non avvedendosi di una certa commistione dei due profili derivanti dalla stessa esperienza conoscitiva che caratterizza l'uomo, implica confondere la struttura del controfattuale ed il risultato conoscitivo al quale esso tende.

Del resto esso si dispiega pure in casi di illecito commissivo, anche se spesso risulta sottinteso o implicito. Tuttavia il controfattuale riprende piena 'visibilità' quando la situazione concreta lo richieda, come nei casi di impedimento commissivo di decorsi di salvataggio: Tizio impedisce dolosamente a Caio di salvare Sempronio che sta annegando nel corso di una tempesta in mare; ebbene, ci si deve interrogare su cosa si sarebbe verificato se Caio avesse potuto portare a termine il proprio tentativo di salvataggio: ci sarebbe riuscito o se sarebbe annegato? E' evidente che anche in questo caso, nonostante si adottino evidentemente dei protocolli riempiti di 'ipotesicità', l'indagine giudiziale si volge pur sempre alla valutazione di un dato accadimento storico passato. Considerazioni analoghe, inoltre, emergono allorché il 'controfattuale' ipotetico venga utilizzato in tema di accertamento dell'elemento soggettivo del reato (come avviene quando si propone il ricorso alla cd. 'Formula di Frank' per la prova del dolo eventuale. Cfr. in merito, M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, n. 7/8, 2010, 2579 ss.). Cfr. sul tema anche G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 240.

Per alcune indicazioni tratte dalla dottrina tedesca in ordine al 'controfattualismo' in caso di impedimento di decorsi di salvataggio, cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 659 ss., spec. 704, nt. 109.

³⁷ Alternative da taluni individuate nella prova della mera 'influenza' del comportamento omesso sull'evento (cfr. R. BLAIOTTA, *La causalità giuridica*, Torino, 2010, 331 ss. e 405 ss.; ma anche R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli differenziati al modello differenziato*, Torino, 2010). Il risultato - come ben nota G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 239 nota n. 29) finirebbe con il sovrapporsi, sia pur con una diversa etichetta terminologica, alle teoriche del mero aumento del rischio tanto da indurre l'autore a dire molto icasticamente: <<*nihil sub sole novi*>>.

circa il grado di corroborazione processuale da conseguire per l'accertamento di responsabilità.

Ancora più in fondo si è spinta una voce della dottrina³⁸ secondo la quale nell'omissione impropria si sarebbe dinanzi ad una vera e propria 'morte della causalità e di una sua trasfigurazione nella colpa' con la conseguenza che non si dovrebbe accertare alcuna *conditio sine qua non* confinante con la certezza, ma solamente la mera possibilità (*recte*: la *chance*) di evitare l'evento³⁹.

Lasciando ad altra parte del lavoro la specifica confutazione di siffatte ricostruzioni ora brevemente richiamate, basti qui rilevare come le soluzioni concettuali guadagnate sul piano statico - lungi dal rivelarsi meramente teoriche - possono avere delle fortissime incidenze in ambito processuale, addivenendo addirittura a 'plasmare' se non a piegare completamente la dogmatica al fine di renderla in qualche modo rispondente ad esigenze di carattere epistemico⁴⁰.

³⁸ Il riferimento è a F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. 'causalità omissiva' in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss. L'Autore propone di abbandonare la causalità omissiva per assorbirla *sic et simpliciter* nella colpa. In altri termini, muovendo dalla premessa per cui la causalità omissiva non sarebbe reale, lo Studioso milanese non si limita a constatare come il piano dell'accertamento causale si sovrapponga ed in certa misura resti assorbito da quello dell'evitabilità della colpa, ma in maniera molto *tranchant* riduce tutto alla colpa.

³⁹ Per una serrata ed aspra critica a tale impostazione, cfr. DONINI M., voce *Imputazione oggettiva*, cit., 689, nota 160 : << [...] La tesi è palesemente *contra legem*. L'autore pensa che con i criteri tradizionali la causalità omissiva, piena di leggi statistiche, non possa più essere adeguatamente accertata [...] Per venire in soccorso degli oneri probatori del pubblico ministero (talora assimilati a quelli dei giudici), delle cui sorti l'autore è preoccupatissimo, anziché prospettare soluzioni costruttive *de lege ferenda* [...], si preferisce la scorciatoia della cancellazione dell'elemento oggettivo-causale. Eppure l'omissione riguarda l'elemento oggettivo [...] Vediamo i frutti maturi di questa teorica [...] Nella colpa [...]: non ho percepito i sintomi del tetano e forse se l'avessi visto si sarebbe potuta iniziare una terapia utile, senza poter dire, *ex post*, che l'azione salvifica avrebbe impedito quel medesimo evento nel suo *hic et nunc*, pur essendo idonea a farlo anche secondo un giudizio *a posteriori*. L'evento sarebbe accolto comunque 'a prescindere' dal nesso causale. Nella responsabilità oggettiva, almeno, c'era una 'colpa' a monte + la causalità. Qui non c'è neppure questa. Mentre le sezioni unite (Cass., sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22676) celebrano oggi il *nullum crimen sine culpa*, si tenta qui di introdurre *contra legem* (in reati di evento) la colpa (ma poi anche il fatto doloso omissivo) senza causalità>>.

⁴⁰ Ancora una volta M. DONINI, nel criticare duramente la tesi di F. Viganò appena sopra richiamata, afferma: <<La scienza è orientata al diritto applicato, ma non è un servizio di pronto soccorso per le Procure della Repubblica, non è la serva della prassi>> (voce *Imputazione* cit., 689, not5a n. 160).

Ad ogni modo, e quale che sia il luogo degli elementi costitutivi del reato nel quale si ritiene di calare il comportamento alternativo lecito, resta da spiegare perché mai ci si possa accontentare di uno standard dimostrativo inferiore rispetto a quello richiesto tradizionalmente per tutti gli altri segmenti del fatto tipico, in ordine ai quali, continuerebbe a valere pur sempre la c.d. formula di BARD (Beyond Any Reasonable Doubt).

In definitiva la costante dialettica statico-dogmatica e dinamico-processuale richiede previamente la corretta qualificazione dell'oggetto da investigare in modo da poter poi individuare una plausibile risoluzione circa il grado di corroborazione probatoria richiesta in sede processuale.

Si comprende dunque il motivo per il quale si è in precedenza isolato il concetto di comportamento alternativo lecito quale secondo livello o nesso della causalità della colpa, anticipando alcune delle ragioni per le quali essa differisce rispetto alla causalità *tout court*⁴¹.

Ed allora, così momentaneamente posizionato il comportamento alternativo lecito, la domanda dogmatica da porsi suona così: “quale rilievo può assumere – a fronte di un contegno che abbia violato una regola cautelare ed al quale sia conseguito un evento dannoso riconducibile alla tipologia di quelli avuti di mira dalla regola cautelare stessa (cioè al netto dell'accertamento circa il primo livello della causalità della colpa) – il fatto che lo stesso evento lesivo (quanto a contenuto di offensività penalistica⁴²) si sarebbe comunque verificato, anche laddove l'agente avesse osservato la regola di diligenza?

⁴¹ Il punto sarà approfondito nel cap. III ove si perverrà ad una collocazione dogmatica della causalità della colpa.

⁴² Cfr. G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 246. L'Autore padovano, nel tracciare una linea metodologica esattamente coincidente con quella proposta in queste pagine, chiarisce che (nota n. 45): <<Ovviamente non lo 'stesso' evento in termini di assoluta 'identità' fenomenico-naturalistica, di per sé impossibile in ogni contesto di contrafattualismo logico, ma in termini di sostanziale offensività penalistica, e ciò sia per ragioni di carattere cronologico ('es., la morte si sarebbe sostanzialmente verificata nello stesso istante, o con differenze temporali irrilevanti alla luce del rango supremo del bene tutelato'), sia di carattere ponderale-qualitativo ('es., si sarebbe verificata la morte, e non una lesione grave', o 'si sarebbe verificata una lesione di gravità equiparabile a quella concretamente verificatasi')>>.

Si tratta, è evidente, di problema ben diverso rispetto al grado di accertamento processuale che deve supportare l'evitabilità/inevitabilità (dipende dal lato da cui si riguarda la medesima circostanza) dell'evento.

La risposta al quesito posto significa, piuttosto - su di un piano che logicamente precede quello processuale - domandarsi la ragione dogmatica per la quale viene meno la meritevolezza di pena in presenza di un evento (secondo una prospettiva *ex post*) non scongiurabile anche laddove la condotta rechi già in sé un preciso disvalore contrassegnato dalla violazione cautelare. E la domanda 'illumina ancor più la via' laddove la si cali nell'ambito di un'ipotesi di causazione certamente attiva, laddove è pur sempre il contegno dell'agente ad aver naturalisticamente innescato, con una violazione cautelare, il dinamismo eziologico che ha condotto all'evento.

Il corso della ricerca, non a caso, è tutto indirizzato al tentativo di conseguire una risposta a tale domanda che possa beneficiare di una certa coerenza di sistema e nel contempo prenda anche in considerazione le (spesso condivisibili) istanze di politica-criminale sottese a certi settori 'sensibili' (*in primis* quello medico-chirurgico, ma anche quello connesso all'esposizione dei prestatori di lavoro, e non solo, a sostanze cancerogene), cercando di trovare un punto di equilibrio che, come detto in apertura del lavoro, sembra oggi gravare, in tutta la sua complessità, proprio su questa 'camaleontica' figura.

4. Una classificazione delle condotte funzionale alla comprensione della dimensione sostanziale del comportamento alternativo lecito

A questo punto, al fine di proseguire nel tentativo di dar risposta alle domande sopra riportate, sembra necessario prendere in considerazione il comportamento alternativo lecito così come calato nelle varie costellazioni di casi nei quali esso viene ad operare. E nel dar seguito a questa operazione si rivela utilissima una chiara ed analitica classificazione proposta da M. Donini⁴³.

⁴³ M. DONINI, voce *Imputazione* cit., 678.

Lo Studioso modenese infatti, nell'ambito della c.d. via italiana all'imputazione obiettiva dell'evento della quale egli stesso è tra i più illustri esponenti, distingue con grande rigore concettuale, ed a monte delle ricadute dogmatiche e processuali dal medesimo propugnate, tre casi paradigmatici nei quali il comportamento alternativo lecito viene ad essere cruciale sotto profili, in parte, differenti: 1) ipotesi di c.d. 'causalità basica' dell'illecito commissivo improprio di cui all'art. 40, co. 2, c.p.; 2) ipotesi di condotte attive (o commissive) nelle quali <<è certa la causazione materiale dell'evento, ma non la causalità della colpa>> - qui intesa nella sua seconda 'dimensione', ovverosia come evitabilità dell'evento in caso di comportamento osservante la regola di diligenza (ove sarebbero ammesse risposte dubbie, o con vario grado di certezza); 2) ipotesi nelle quali <<la stessa colpa di una azione è così intrinsecamente "omissiva" (l'agente, pur operando, non ha attivato condizioni negative o impeditive dell'evento, lasciando così che le cose "accadessero")>>, che la condotta attiva reale non ha cagionato nulla, in sostanza, e non ha senso accertare una causalità della condotta giuridicamente rilevante senza verificare insieme la causalità della colpa "omissiva" a partire dal cosiddetto comportamento alternativo lecito, cioè dall'azione diligente o prudente che non c'è stata: esattamente come nelle ipotesi omissive>>⁴⁴.

In altri termini la complessiva classificazione espressa da Massimo Donini, sulla quale è bene focalizzare la lente dell'interprete impegnato nel dialogo tra il giudizio causale *stricto sensu* inteso e quello avente ad oggetto il c.d. 'comportamento alternativo lecito', potrebbe accedere ad una tripartizione del seguente tenore: 1) i casi, *tout court*, di reato omissivo improprio, nei quali il c.d. 'comportamento alternativo lecito' quale articolazione della 'causalità della colpa' già costituisce l'oggetto del giudizio 'controfattuale', derivandone l'impraticabilità di una selezione tra comportamento alternativo sul piano causale e sul piano della violazione cautelare⁴⁵. Ne consegue che il giudizio causale da

⁴⁴ M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, cit., 678.

⁴⁵ Cfr. DONINI M., voce *Imputazione oggettiva*, cit., 679. Secondo il chiaro Autore, tanto nell'omissione impropria colposa, quanto nel fatto commissivo colposo a dominante componente cautelare omissiva, <<mentre è certa una colpa soggettiva, l'inosservanza di cautele, non è chiaro

parte dell'interprete, nel quale rimane assorbito quello afferente al c.d. comportamento alternativo lecito (*recte*: il giudizio di evitabilità dell'evento mediante quest'ultimo) dovrebbe seguire la regola probatoria dell'elevata credibilità logico-razionale confinante con la certezza secondo lo standard probatorio definito dalle Sezioni Unite nel noto caso Franzese; 2) i casi di reato commissivo colposo nei quali la violazione della regola cautelare assume una dimensione prevalentemente omissiva, nel senso che l'agente non risulta aver immesso, colposamente, fattori attivi di rischio poi concretizzatisi nell'evento lesivo, ma, per contro, gli si addebita di non essersi attivato secondo criteri modali identificati dalla regola cautelare attivando fattori impeditivi di un rischio *aliunde* originatosi⁴⁶, con la conseguenza che l'accertamento causale *stricto sensu* considerato (comprensivo per le suddette ragioni anche di quello circa l'evitabilità) dovrebbe seguire lo stesso incedere e gli stessi parametri di cui al punto 1), oltretutto giungere al riscontro che il comportamento alternativo lecito, 'pensato al posto' di quello effettivo, avrebbe impedito l'evento in termini di elevata credibilità logico-razionale confinante con la certezza; 3) infine, i casi di

neppure se vi sia stato un contributo materiale e oggettivo all'evento da parte della condotta: condotta 'oggettiva' (senza qualificazioni di antidoverosità) e condotta colposa (contrassegnata dalla violazione di precauzioni) si sovrappongono, si mescolano a tal punto che la mancata prova della causalità della colpa>> - intesa nella sua 'seconda declinazione'(o secondo nesso) - <<è anche una mancata prova della causalità della condotta [...] la componente omissiva della colpa è assorbente>>.

⁴⁶ Cfr. DONINI M., voce *Imputazione oggettiva*, cit., 680: <<Se nella causalità attiva vengono introdotti nel decorso eziologico nuovi fattori di rischio rilevanti per la spiegazione dell'evento, nella 'causalità omissiva' il soggetto o viola un comando di fare, e quindi non si attiva *sic et simpliciter*, oppure, comunque, anche agendo per impedire un risultato, non attiva fattori capaci di neutralizzare il rischio dell'evento [...] non pone in essere condizioni negative, impeditive dell'evento [...] In moltissimi casi di responsabilità medica si tratterà di ipotesi analoghe, dove il soggetto non si è rifiutato di intervenire, ma ha curato male omettendo la diligenza o la perizia, non attivando condizioni negative (= salvifiche) dell'evento. Solo conoscendo l'efficacia impeditiva certa della condotta alternativa (le condizioni salvifiche non attivate o eventualmente annullate) si verificherà l'efficacia causale effettiva della condotta reale: **il giudizio non è un mero condizionale ipotetico 'alternativo alla realtà' perché ci informa sul significato causale della condotta reale**, che ha sì prodotto effetti terapeutici inutili [...] ma nello stesso tempo ha annullato un *iter* salvifico>> (il grassetto non è presente in Donini, ma è stato apposto da chi scrive). Pur in termini non del tutto coincidenti, si avvalgono degli stessi criteri classificatori anche L. MASERA, *Il modello causale* delle sezioni unite e la causalità omissiva, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 500; VIGANÒ F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. del merito*, 2006, 962; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, 1970 ss.

reato colposo commissivo con condotta attiva, cioè i casi nei quali all'agente si imputa di aver colposamente (ossia tramite l'oggettiva violazione cautelare) immesso nel dinamismo degli eventi uno specifico fattore di rischio - prima inesistente - poi concretamente verificatosi nell'evento. In tali situazioni il giudicante, dopo aver accertato il nesso causale (di cui agli artt. 40 e 41 c.p., per intendersi) tra la condotta materiale e l'evento, dovrebbe idealmente procedere con la sostituzione del comportamento alternativo lecito a quello effettivamente tenuto, verificando (nell'ambito più precipuo dell'art. 43 c.p.) se, anche in caso di contegno osservante le regole cautelari, l'evento dannoso si sarebbe egualmente prodotto⁴⁷.

Come meglio si vedrà nel capitolo III, ove verranno messi a confronto i risultati delle diverse impostazioni in tema di comportamento alternativo lecito, preme sin da subito far constatare come, secondo l'impostazione dell'Autore modenese, solo nell'ultima ipotesi (quella che è stata poco sopra indicata con il numero 3) il vaglio circa l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito atterrebbe specificamente alla seconda dimensione (o livello) della causalità della colpa senza estendersi a quello della causalità - per così dire - 'reale' o 'basica', conseguendone una diversa richiesta di rigore probatorio⁴⁸. Sotto tale profilo il ragionamento condotto da M. Donini (*op. ult. cit.*, 679 e ss.) risulta indubbiamente molto suggestivo e, per certi versi condivisibile, ritenendosi che sia la stessa struttura del reato omissivo improprio a nutrirsi di tipicità mediante il continuo richiamo della fattispecie a regole cautelari, posto che laddove si addebiti a Tizio un'omissione che abbia cagionato una lesione o un decesso, non si potrà semplicemente imputargli il non aver agito, ma il non aver agito come avrebbe dovuto, ovverosia il non essersi attivato secondo precise modalità di condotta che connotano la stessa delimitazione del precetto, finendosi, ad opinare diversamente, in un inevitabile contrasto - ancor prima che con il principio di responsabilità per fatto proprio (come noto, stella polare

⁴⁷ Analoga tripartizione si trova anche in G. CARUSO, *Gli equivoci cit.*, 249,250.

⁴⁸ M. DONINI, voce *Imputazione cit.*, 679 e ss.

nell'imputazione obiettiva di M. Donini) – con il principio di legalità sotto il profilo della necessaria determinatezza che deve connotare la fattispecie.

Ciò che, invece, appare più discutibile, è la conclusione con riferimento all'ipotesi *sub* 3, la quale parrebbe condurre alla riduzione del giudizio di evitabilità mediante il comportamento alternativo lecito a mera appendice del giudizio causale, non evidenziandone invece le (pur sussistenti anche in ipotesi commissiva) potenzialità tipizzanti.

Tuttavia, rinviando ad altra parte del lavoro l'approfondimento della posizione relativa all'inquadramento ed alle relative conseguenze processuali del comportamento alternativo lecito secondo la teorica (in chiave italiana) dell'imputazione oggettiva, vanno evidenziate e specificate le ragioni della classificazione proposta.

Se infatti si venisse a sostituire al contegno colposo storicamente serbato una condotta diligente (in quanto osservante le regole cautelari) nelle prime due *species* di casi sopra riportati e la risposta circa la possibilità di evitare l'evento rimanesse solamente possibilista, incerta, ciò che si ricaverebbe sarebbe esclusivamente un riscontro in astratto dell'evitabilità dell'evento che si limiterebbe a ricalcare le possibilità preventive valutate *ex ante* nella costruzione della regola cautelare⁴⁹. Ma considerando che in siffatti casi la condotta storicamente serbata non ha, dal punto di vista naturalistico, cagionato nulla, allora verrebbe a mancare la prova stessa della sussistenza del nesso causale *stricto sensu* considerata. Pertanto, in queste ipotesi, il giudizio controfattuale condotto alla ricerca dell'efficacia 'salvifica' del comportamento alternativo lecito risulterebbe interamente proiettato nell'accertamento della causalità nel fatto tipico e non nella causalità della colpa.

⁴⁹ Sul momento omissivo della colpa, cfr., tra gli altri, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 90 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 138 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione <<per aumento del rischio>>* in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1999, 55 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 453 ss.; P. VENEZIANI *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1985 ss.

Nei casi invece precedentemente classificati nelle ipotesi *sub 3*, a fronte di una condotta che si è già accertato aver cagionato (naturalisticamente parlando) l'evento *hic et nunc* - posto che la stessa non dispiegandosi in modo rispondente alle regole di diligenza ha immesso dei fattori attivi di rischio prima inesistenti nel dinamismo eziologico storico - l'accertamento dell'evitabilità dell'evento starebbe a valle di quello dell'efficacia causale e non rimarrebbe dallo stesso assorbito.

Per usare un'espressione di Donini – che pure si riferisce al paradigma del 'nesso di rischio' - <<i> i problemi di nesso di rischio cominciano là dove la condotta attiva svolga un ruolo significativo sotto il profilo eziologico >>⁵⁰.

Parimenti, al fine di dar conto di quanto questa classificazione, dal punto di vista dottrinale⁵¹, rappresenti una sorta di pietra angolare di partenza per ogni ragionamento intorno al comportamento alternativo lecito, M. Romano, pur con terminologia in parte diversa, ritiene che per distinguere adeguatamente tra azione ed omissione sia necessario <<adottare un criterio normativo: considerando [...] che le omissioni consistono in passività, negatività, inerzia, che le azioni invece sono intese dall'ordinamento come (almeno potenzialmente) «invasive» della sfera giuridica di terzi, si avrà una omissione quante volte, pure in presenza di un «*facere*» diverso da quello imposto al soggetto, «le cose procedano per conto loro» senza peggioramento della situazione per il bene protetto, si avrà viceversa azione quando il «*facere*» abbia condotto a un maggior pericolo per il bene stesso>>⁵².

Tale distinzione concettuale, dunque, tanto apprezzabile per analiticità e capacità chiarificatrice, se ai fini dell'indagine qui proposta costituisce il punto di partenza per poter sondare i 'movimenti' del comportamento alternativo lecito

⁵⁰ M. DONINI, voce *Imputazione* cit., 681.

⁵¹ Va infatti evidenziato che solo di recente la giurisprudenza ha principiato a dedicare una specifica attenzione al tema, correttamente posizionando il problema dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito a valle della risoluzione di altro preliminare problema: la qualificazione di reato come attivo o come omissivo, approfondendo i legami e le sovrapposizioni tra omissione *tout court* e 'momento omissivo' della colpa. Cfr. per una chiara demarcazione concettuale, Cass. Pen., Sez. IV, 12 marzo 2010 n. 16761 (in *Cass. Pen.* 2011, 101 e ss.), relativa al disastro di Sarno (pronuncia che sarà ripresa e analizzata nel corso del lavoro).

⁵² M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Vol. I, Milano, 2004, *sub* pre-39, 316.

nella dogmatica del reato e nelle relative ripercussioni processuali, rappresenta nondimeno il punto di arrivo di una complessa evoluzione giurisprudenziale, impegnata per decenni nella contrapposizione tra orientamenti di opposte vedute. Pur attraverso una sovrapposizione tra piano sostanziale e processuale, infatti, in seno alla giurisprudenza (in specie della quarta sezione) della Corte di cassazione si sono avvicinati e scontrati orientamenti volti a sostituire i <<paradigmi ascrittivi della responsabilità fondati sul c.d. ‘aumento del rischio’ a quelli rinvenienti dal condizionalismo logico, provato in termini di certezza logico-processuale, tra condotta ed evento>>⁵³.

Certamente si deve riconoscere che la sentenza Franzese, nel tracciare quella che alcuni autori hanno definito <<la terza via>>⁵⁴ ha rappresentato, e rappresenta tutt’oggi, un autentico ‘faro’ sul problema causale (inteso in accezione ampia volta a ricomprendere anche le problematiche della causalità della colpa); ma è altrettanto certo che sotto l’effigie della Franzese sono state redatte sentenze di segno diametralmente opposto, semplicemente utilizzando delle etichette terminologiche in realtà contrastanti con il vero portato argomentativo delle medesime. Sentenze che, in altri termini, tendono nuovamente a stemperare il rigore processuale di accertamento sul tema causale (*lato sensu* inteso), impiegando surrettiziamente protocolli derivanti dalle teoriche di aumento del rischio.

Se ciò è vero non sembra allora di cadere in un fuor d’opera nel tracciare, sia pur brevemente, le linee evolutive di questo percorso giurisprudenziale in modo da poter presentare la significatività del problema partendo dall’analisi – se ci si passa l’espressione – in *corpore vili* dei due principali orientamenti succedutisi nel tempo (nell’ambito paradigmatico della responsabilità medica) prima dell’inaugurazione della c.d. terza via tracciata dalla Franzese, posto che gli stessi implicano già, anche se non apertamente e seppur con frequenti

⁵³ G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 252.

⁵⁴ P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 117.

sovrapposizioni⁵⁵, un preciso interesse intorno al tema del comportamento alternativo lecito.

5. *L'evoluzione giurisprudenziale italiana sul tema (lato sensu) causale: comportamento alternativo lecito e aumento del rischio*

Se all'incirca sino agli anni settanta del Novecento, la giurisprudenza (in particolare di legittimità) inerente la causalità nel settore medico non ha manifestato un orientamento chiaramente percepibile, successivamente in seno alla stessa sarebbe venuto ad imporsi un primo indirizzo tendenzialmente incline ad ammettere accertamenti meramente probabilistici del rapporto condizionalistico sostituendo il canone dell'aumento del rischio a quello della certezza (pur sempre processuale).

Tra le prime sentenze rappresentative di questo orientamento giurisprudenziale può essere ricordata una pronuncia risalente al 1981⁵⁶ la quale aveva ad oggetto un ipotesi di errore diagnostico. In particolare, nel caso di

⁵⁵ Sovrapposizioni la cui radice sembra doversi rinvenire nella non sempre esemplare capacità di governare adeguatamente la classificazione sopra proposta, finendo per equivocare il momento omissivo della colpa rispetto all'omissione *tout court*. Sul punto cfr. L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4118-4119: <<I giudici di merito e di legittimità confondono e sovrappongono spesso i piani della causalità e della colpa, con la conseguenza che non è chiaro se il nesso tra condotta negligente ed evento lesivo sia un *quid pluris* rispetto al rapporto di causalità materiale ovvero si esaurisca in esso [...] il requisito della causalità della colpa viene ricostruito secondo lo schema della causalità omissiva, con il corollario che la prova che il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l'evento esclude la sussistenza del rapporto causale tra la condotta omissiva, consistente nella mancata adozione delle cautele doverose, e l'evento lesivo>>. Cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 108, nel quale l'Autore parla di <<escamotage dogmatico>> per esimere da responsabilità soggetti che, proprio in quanto responsabili della causazione naturalistica dell'evento, si sarebbe dovuto chiamare a rispondere. Per una recente sentenza in cui, invece, viene chiaramente impostato il problema della distinzione tra causalità omissiva e commissione colposa con violazione cautelare a prevalente componente omissiva, si veda la già citata Cass. Pen., sez. IV, 12 marzo 2012, n. 16761 (in *Cass. pen.*, 2011, 101 ss.).

⁵⁶ C. App. Venezia, 29 aprile 1981, De Vido, in *Riv. it. med. Leg.*, 1982, 249, laddove si può leggere: <<In tema di interventi medici il rapporto di causalità con l'evento va ravvisato adottando un criterio di rilevante probabilità, cioè di clinica riferibilità dell'evento all'azione od omissione del sanitario, e non di certezza assoluta>>.

specie, era stata riscontrata tardivamente un'esofagite da corpo estraneo con complicanze settiche che conduceva rapidamente al decesso del paziente.

La Corte d'appello di Venezia, sul presupposto che in campo medico residua pur sempre un *quid* di imponderabilità e di imprevedibilità intrinseco allo stesso processo patologico, affermava che nessuna certezza dovrebbe ricercarsi nell'accertamento del nesso eziologico, ma solamente una – non meglio precisata – <<rilevante probabilità>>⁵⁷. Diversamente opinando, secondo la corte di Venezia, si perverrebbe all'assoluzione di un soggetto che ha manifestato un macroscopico profilo di colpa, clinicamente idoneo a cagionare l'evento.

E' evidente come questo caso - che si potrebbe inserire, secondo la classificazione precedentemente mutuata da M. Donini, *sub* ipotesi 2) – sovrapponga per intero e senza una chiara (o quantomeno manifestata) consapevolezza il piano della colpa e quello della causalità c.d. 'basica'.

Nel 1983 il criterio 'probabilista' or ora delineato faceva comparsa (a chiare lettere) per la prima volta nella giurisprudenza della Corte di cassazione: <<In tema di responsabilità per colpa professionale sanitaria, il nesso di causalità tra la condotta imperita, negligente o imprudente del sanitario, che non abbia disposto cautele od accertamenti suscettibili di determinare un sollecito intervento chirurgico su di un infortunato, e l'evento mortale che ne è seguito sussiste sempre quando tale intervento, anche se non avrebbe salvato con certezza il ferito, aveva **buone probabilità** di raggiungere tale scopo. Infatti, al criterio della certezza degli effetti si può sostituire quello della **probabilità** di tali effetti (e della idoneità della condotta a produrli) **quando è in gioco la vita umana**; pertanto sono sufficienti **anche solo poche probabilità di successo** di un immediato e sollecito intervento chirurgico, sussistendo, in difetto, il nesso di causalità qualora un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'incuria del sanitario che ha visitato il paziente>>⁵⁸ (grassetto di chi scrive).

⁵⁷ *Idibem.*

⁵⁸ Cass. Pen., 12 maggio 1983, Melis (in *Foro it.*, 1986, c. 351, con nota di L. Renda, *Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica*).

Il caso di specie trattava di un prestatore di lavoro il quale, cadendo da un struttura in vetro, riportava delle lacerazioni al fianco prontamente suture da un medico accolto. Senonché veniva a manifestarsi quasi nell'immediato un'emorragia che portava il lavoratore al pronto soccorso dove un secondo sanitario, limitatosi ad un esame clinico esterno, dimetteva il paziente senza nessuna particolare prescrizione. Lo sventurato lavoratore tuttavia, aggravatesi le sue condizioni, si recava nuovamente in ospedale ove, a seguito di più accurata diagnosi, si appalesava la ritenzione nel fianco del medesimo di un frammento di vetro (di dimensioni peraltro apprezzabili). Nonostante un intervento chirurgico d'urgenza il quadro peritoneale molto grave conduceva alla morte del prestatore di lavoro.

Le perizie disposte dal giudice giungevano a far ritenere che, pur non potendosi affermare con certezza la capacità di un immediato intervento chirurgico di evitare la morte del paziente, la tempestività dell'intervento stesso avrebbe concesso maggiori probabilità di successo terapeutico.

E la Corte, con pedissequo ragionamento, affermava che in tema di responsabilità medica, laddove fosse possibile affermare che l'intervento tempestivo avrebbe avuto apprezzabili probabilità di successo, tali da consentire un probabile esito salvifico per la vita del paziente, tanto basterebbe per ritenere sussistente la responsabilità del medico intervenuto tardivamente. Addirittura la Corte di legittimità si spinge oltre, usando un argomento di carattere etico-ideologico: laddove sia in gioco la vita umana, le (pur solo) probabili conseguenze salvifiche della condotta perita del sanitario verrebbero scalzate dalla mera *chance*, anche modesta, di un siffatto esito.

Ne consegue che, non essendo mai possibile escludere *in toto* una qualche percentuale di capacità salvifica di un intervento (eccetto in casi del tutto rari) il sanitario andrebbe sempre incontro a responsabilità penale (salvo poi vagliare, naturalmente, il profilo dell'esigibilità in seno all'accertamento del segmento soggettivo della colpa).

Come è evidente, dall'incedere argomentativo della sentenza iniziano a dipanarsi le due principali *rationes* della flessione di rigore probatorio in seno all'accertamento del nesso eziologico: da un lato l'indisponibilità scientifica di

inferenze certe circa i possibili esiti degli interventi medico-chirurgici (ma come si è visto, ciò sposta l'asse del problema al polo opposto: nemmeno sull'inevitabilità dell'evento si possono avere certezze, caricando così l'imputato di un onere probatorio in contrasto con quello discendente dal disposto dell'art. 27, co. 2, Cost.); dall'altro la considerazione in forza della quale laddove il bene giuridico da tutelare sia il certamente più elevato (la vita umana) il rigore richiesto al medico diviene talmente alto che, sul piano probatorio, anche <<scarse probabilità salvifiche si tramutano in serie e apprezzabili possibilità da considerare ai fini dell'imputazione causale>>⁵⁹.

In un caso dai contorni analoghi, nel quale si discuteva di una bimba di pochi mesi ricoverata d'urgenza in quanto affetta da faringotracheite febbrile con edema della glottide e gravi difficoltà respiratorie, la Suprema Corte di cassazione finiva con il ribadire le medesime conclusioni cui era giunta nel caso Melis.

Nel caso di specie il medico di guardia - in considerazione del particolare quadro clinico manifestato dalla paziente - contattava telefonicamente la pediatra in turno di reperibilità la quale si trovava in quel momento presso la propria abitazione. Una volta allertata, tuttavia, la suddetta pediatra non raggiungeva l'ospedale tempestivamente ma solo dopo un'ora, quando ormai le condizioni della bimba si erano aggravate a tal punto da portare alla morte della stessa in tempi molto brevi.

Le indagini peritali esperite davano modo di accertare che una tempestiva terapia, correttamente eseguita mediante la somministrazione di farmaci cortisonici e spasmolitici, avrebbe potuto assicurare la sopravvivenza della paziente nell'ordine del 70-80% di probabilità, mentre un intervento di tracheotomia - che pur era possibile disporre - avrebbe comportato un esito certamente risolutivo.

⁵⁹ G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 256. Il chiaro Autore, nel prendere in considerazione alcuni dei casi che si passeranno qui in rassegna, giunge a conclusioni del tutto analoghe a quelle proposte. In termini simili anche P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 104 e ss.

Su queste premesse la Corte riteneva di poter imputare l'evento alla condotta colposa della pediatra in forza del ritardo con il quale ella aveva prestato la propria assistenza.

La Corte di cassazione, infatti, ponendosi nel solco tracciato dalla sentenza Melis, ribadiva che: <<Nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, al criterio della certezza degli effetti della condotta **si può sostituire quello della probabilità** di tali effetti (e della idoneità della condotta a produrli); quindi il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto **non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo**, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata>>⁶⁰.

Già dal confronto tra le due sentenze da ultimo richiamate, il caso Melis ed il caso Ziliotto, emerge come la Corte di cassazione, pur adottando gli stessi criteri decisori – non si soffermi con acribia a distinguere il 'verso' attivo od omissivo delle condotte, manifestando una tendenza a qualificare tutte quelle connotate da colpa afferenti al settore medico come omissive.

A ben vedere, però, calando le due ipotesi concrete nell'ambito della classificazione sopra fornita, è agevole avvedersi di come nel caso Melis si trattasse di una condotta attiva con violazione cautelare a preponderante coefficiente omissivo, mentre nel caso Ziliotto la condotta sarebbe da inquadrare come condotta omissiva in senso proprio.

Prendendo ora in considerazione un caso che potrebbe essere collocato nell'ipotesi classificatoria *sub* 3) precedentemente indicata, è possibile ricordare un arresto della Corte di Cassazione del 1988⁶¹. Si tratta di un caso nel quale un medico, senza aver preventivamente verificato eventuali ipersensibilità o esposizioni ad effetti collaterali pregiudizievoli, aveva somministrato del metadone ad un paziente con conseguenze lesive per il medesimo.

⁶⁰ Cass. Pen. 22 aprile 1987, Ziliotto, in *Cass. pen.*, 1989, 72. Il grassetto riportato nel corpo di testo è stato apposto da chi scrive al fine di evidenziare *ictu oculi* i passaggi fondamentali sottoposti ad interesse nell'ambito dell'iter argomentativo seguito.

⁶¹ Cass. Pen. 8 giugno 1988, Montalbano, in *Riv. pen.*, 1989, 424.

La Corte riteneva – in estrema sintesi - che sussistesse indubbiamente una responsabilità in capo al medico, imputando allo stesso di non aver ridotto i rischi della terapia al minimo, prescrivendo dei farmaci potenzialmente ingeneranti effetti dannosi per il paziente, senza le opportune indagini preventive.

E' evidente come si versi in un'ipotesi di condotta attiva a coefficiente colposo parimenti attivo, poiché in tal caso è proprio il comportamento colposo - siccome contrassegnato dalla imprudenza manifestata dal sanitario - ad immettere fattori di rischio influenti su di autonomo dinamismo eziologico promanante proprio da quella condotta colposa (e non *aliunde* come nei reati omissivi impropri): la somministrazione di un medicinale pericoloso.

Ed è altrettanto evidente come la Corte parli in tal caso di 'riduzione del rischio', inserendosi anche questa pronuncia nel solco dell'orientamento probabilista inaugurato dalla sentenza Melis.

A ben vedere, si assiste all'ingresso nel panorama giurisprudenziale italiano dei paradigmi imputativi tipici della *Risikoerhöhungeslehre*, ove il concetto di 'aumento del rischio', o il suo opposto speculare di 'diminuzione del rischio' in caso di condotta omissiva, vengono gradualmente a sostituirsi ai criteri di certezza umana o razionale che sino agli anni Settanta, come si diceva, governavano il mondo dell'ascrizione causale. Una sostituzione peraltro giustificata sempre più frequentemente con il ricorso all'argomento in precedenza definito 'etico': dinanzi al valore fondamentale del bene 'vita umana' anche una limitata (se non limitatissima) possibilità di pervenire ad un esito che scongiuri l'evento (il che equivale a dire: anche un minimo aumento del rischio del verificarsi dell'evento) impone di ritenere sussistente il nesso eziologico⁶².

⁶² Cfr. Cass. Pen. 7 marzo 1989, Prinzivalli (in *Riv. pen.*, 1990, 119) laddove la Corte di legittimità così si esprime: <<In tema di responsabilità penale per colpa professionale del sanitario, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza degli effetti (della condotta) può sostituirsi quello della **probabilità** e della idoneità della condotta a produrre tali effetti, nel senso che il rapporto causale sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, ma **solo serie ed apprezzabili possibilità di successo**, tali da fare ritenere che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata. Invero, **quando è in gioco la vita umana, anche limitate probabilità di successo** di un immediato intervento chirurgico sono sufficienti a configurare la necessità di operare. Pertanto, sussiste sempre il nesso di causalità tra la condotta negligente del sanitario, che non si sia adoperato per un urgentissimo intervento chirurgico, in ordine al quale spettavagli di

L'orientamento così sunteggiato si sarebbe poi consolidato in due casi molto interessanti⁶³.

Il primo riguardava una donna colta da una manifestazione allergica, la quale recatasi in ospedale, veniva sottoposta ad una cura antistaminica (mediante due iniezioni) che a sua volta innescava uno *schok* anafilattico con esito letale per la paziente⁶⁴.

Nella parte motiva della sentenza si affermava il principio secondo il quale, in tema di causalità omissiva, sarebbe corretto il ricorso al criterio meramente probabilistico, non essendo rinvenibile alcuna certezza assoluta - in base alle cognizioni disponibili alla scienza medica - in ordine al verificarsi o meno di un determinato evento ove venga dispiegata la condotta doverosa di carattere terapeutico o chirurgico.

Trattandosi, in altri termini, di un giudizio meramente ipotetico - da compiersi mediante il procedimento logico di (in questo caso) aggiunta mentale di una condotta che non vi è stata, da sostituire poi a quella storicamente serbata - non si potrebbe pretendere che un riscontro probabilistico, incentrato sulle astratte possibilità salvifiche individuate al momento di costruzione della regola cautelare.

A prescindere da critiche più profonde che potrebbero essere mosse alla sentenza *de quo*, preme ora evidenziare come in tal caso la Corte nomofilattica connetta lo scolorire del rigore probatorio a quella che la stessa qualifica come

provvedere, e l'evento mortale che ne è seguito, quando tale intervento, anche se non sarebbe valso con ogni certezza a salvaguardare la vita del paziente, avrebbe avuto notevoli probabilità di raggiungere il detto scopo>>.

⁶³ Molte in realtà sarebbero le pronunce emblematiche circa questo indirizzo ermeneutico, come ad esempio Cass. Pen., 5 giugno 1990, Pasolini (in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 108); o Cass. Pen. 13 giugno 1990, D'Erme, (*ivi*, II, c. 157); o ancora Cass. Pen. 18 ottobre 1990, Oria (in Cass. Pen., 1992, 2102). Si sono selezionate nel corpo di testo quelle ritenute maggiormente utili ai fini degli svolgimenti dell'indagine condotta.

⁶⁴ Cass. Pen. 30 maggio 1990, Berardino (in *C.E.D. Cass.*, rv. 185086, in *Giust. pen.*, 1991, II, 157): <<In tema di causalità omissiva, particolarmente in materia di responsabilità per colpa professionale medico-chirurgica, è corretto il ricorso al criterio della probabilità, poiché è praticamente impossibile affermare con certezza assoluta che un determinato evento non si sarebbe realizzato, ove fosse stata posta in essere la condotta doverosa di intervento terapeutico o chirurgico diretta ad impedirlo, **trattandosi di un giudizio ipotetico**, da compiersi col procedimento logico consistente nell'eliminazione mentale dell'omissione e nella sostituzione di questa con l'azione impedita astrattamente idonea (secondo un criterio di regolarità causale)>>(il grassetto è di chi scrive).

una condotta omissiva, mentre è agevole ricondurre il caso di specie alle ipotesi di condotta attiva con coefficiente colposo prevalentemente attivo (*sub 3* per riprendere la precedente classificazione), essendo state proprio le due iniezioni ad innescare il fatale *shok* anafilattico.

Il secondo caso, invece, del 1991⁶⁵, si riferiva ad una équipe di sanitari ai quali veniva contestato di non avere diagnosticato in una degente, reduce da parto cesareo, la presenza di affezione tetanica nonostante la conclamata sintomatologia (confermata anche dalle indagini peritali esperite).

Le conclusioni delle perizie affermavano che la tardività della diagnosi avesse privato la paziente di circa il 30% delle possibilità di debellare la patologia (percentuale poi accresciuta in considerazione, *inter alia*, della giovane età, della fibra robusta, del fatto di trovarsi già presso un centro attrezzato, ecc.). Conseguentemente si erano ritenuti i sanitari - non avvedutisi della patologia in atto - responsabili per omicidio colposo.

Se nel corso del giudizio di merito l'impiego del criterio probabilistico aveva tratto la propria giustificazione dalla considerazione secondo cui nei reati omissivi il rapporto di causalità sarebbe caratterizzato dalla sostituzione del ragionamento effettuale con un ragionamento di tipo ipotetico, la Corte di legittimità, condividendo in pieno l'assunto, sarebbe addirittura andata oltre, sviluppando la portata del criterio probabilista: a dispetto dell'etichetta formale⁶⁶

⁶⁵ Cass. Pen. 12 luglio 1991, Silvestri (in *Foro it.*, 1992, II, 363, con nota di GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*): <<In tema di responsabilità per colpa professionale del medico, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può sostituire quello della probabilità, anche limitata, di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli. Ne consegue che il rapporto di causalità sussiste anche quando l'opera del sanitario, se correttamente e tempestivamente intervenuta, avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata. (Fattispecie in tema di omicidio colposo per tardiva diagnosi di infezione tetanica in donna sottoposta a taglio cesareo. La Corte di cassazione ha rigettato il ricorso contro la sentenza di condanna che aveva ritenuto il nesso causale tra la condotta omissiva e l'evento, sussistendo la probabilità del 30 per cento che un corretto e tempestivo intervento medico avrebbe avuto un esito positivo)>>.

⁶⁶ In questo senso risulta molto preziosa l'indicazione di P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 103 il quale avverte <<Forse più che mai in questo settore, deve essere tenuta presente l'avvertenza che una lettura delle sole massime potrebbe risultare del tutto fuorviante, o perlomeno inidonea a

delle ‘serie ed apprezzabili possibilità di successo’ - tali che la vita del paziente sarebbe stata, con una certa probabilità, salvata - in realtà la Corte nomofilattica si accontenta di un valore del 30 %, in sé traducibile non tanto con serie ed apprezzabili, quanto più con ‘limitate’ possibilità di successo.

In definitiva la deviazione dai tradizionali canoni di certezza nell’accertamento del nesso eziologico si era andata consumando facendo ricorso a formule estremamente vaghe, quali il riferimento a “serie e apprezzabili probabilità di successo”⁶⁷, o a “buone probabilità di successo”⁶⁸, o ancora a “non trascurabili possibilità di successo”⁶⁹ sino ad arrivare alle “semplici possibilità di successo”⁷⁰ financo alle “scarse possibilità di successo, purché l’intervento non sia dannoso per il paziente”⁷¹.

Ed a queste formule così generiche seguirono – come se ciò comportasse maggiore capacità esplicativa – le formule percentualistiche: 75 %⁷², il 50 %⁷³, il 30 %⁷⁴, sino a enunciare una sostanziale inversione dell’onere della prova⁷⁵.

Va rilevato infine che la giurisprudenza segnata da questa interpretazione non si è mai impegnata particolarmente in sforzi dogmatici volti a sostenere la descritta flessione di rigore probatorio, potendosi rintracciare come comune denominatore la tendenza (in parte già anticipata) ad utilizzare un argomento di

illuminare il lettore circa l’effettivo criterio giuridico cui si è attenuto il giudice nel decidere la vicenda al suo esame>>.

⁶⁷ Cfr. Cass. Pen. 12 maggio 1983, Melis, sopra citata, e molte altre.

⁶⁸ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 7 gennaio 1983, in *Cass. pen.*, 1984, 1142.

⁶⁹ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 2 marzo 1999, Facchinetti, in *Cass. pen.*, 2000, 3307

⁷⁰ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 11 novembre 1994, Presta, in *Cass. pen.*, 1996, 1442; Cass. Pen, sez. IV, 30 maggio 1990, Berardino, in *Riv. pen.*, 1991, 558

⁷¹ Cfr. Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 15 maggio 1998, Barraco, in *Cass. pen.*, 1999, 2535

⁷² Cass. Pen., sez. IV, 7 dicembre 1999, *CED Cass.*, rv. 215659.

⁷³ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 7 marzo 1989, Prinziavalli, in *Riv. pen.*, 1990, 119

⁷⁴ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 12 luglio 1991, Silvestri, cit.

⁷⁵ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 12 dicembre 1988 (in *CED Cass.*, rv. 180736), in base alla quale - in tema di colpa professionale - risponde a titolo di imperizia e negligenza della morte del paziente il medico che esprima disinteresse e rassegnazione rispetto all’esito letale, omettendo di praticare trattamenti terapeutici idonei a superare situazioni di crisi, sempre che non sia provato che il paziente sarebbe ugualmente deceduto nelle stesse condizioni nonostante ogni attenta cura.

ordine sociale ed etico, certamente sintonico al senso comune: laddove sia in gioco la vita umana, al medico deve essere richiesto di fare tutto ciò che è in suo potere per salvarla⁷⁶. In tal modo le variegata formule sopra richiamate venivano riportate quasi a modo di una mera petizione di principio priva di un effettivo corredo dogmatico.

Forse proprio gli eccessi probabilistici cui era ormai approdato il Collegio nomofilattico ingenerarono una reazione in seno alla stessa quarta sezione, dalla quale emerse un orientamento diametralmente opposto a quello sin qui delineato⁷⁷.

Il presupposto di base sul quale si imperniò tale diverso filone interpretativo consistette nel deciso rifiuto di ogni distinzione strutturale tra il giudizio sulla causalità attiva e quello sulla causalità omissiva⁷⁸.

La premessa muoveva cioè dalla preliminare constatazione secondo cui la causalità omissiva <<è una vera e propria “causalità reale”, giacché anche il non-fare rappresenta una condizione (statica)>>⁷⁹. E di qui l’inferenza secondo cui la ‘condizione statica’ è causale nella stessa misura in cui lo è quella dinamica (o attiva), derivandone la necessità di applicare anche all’omissione impropria gli stessi protocolli e standard di accertamento richiesti per la condotta commissiva: l’alto grado di probabilità razionale.

Il nuovo orientamento, su tale base, richiese un rigore altissimo nell’accertamento del nesso causale, imponendo che l’ascrizione causale di un certo evento ad una data condotta potesse avvenire solamente laddove fosse disponibile una legge statistica dotata di un coefficiente percentualistico vicino a

⁷⁶ Cfr. P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 106.

⁷⁷ Orientamento che, come ben nota G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., sebbene dominante, non era rimasto però del tutto incontrastato.

⁷⁸ Va precisato che si usa l’espressione ‘causalità attiva’ e ‘causalità omissiva’ per comodità espositiva rimanendo ben chiaro che attive od omissive sono solo le condotte coinvolte dal giudizio causale.

⁷⁹ P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 107.

cento⁸⁰ e che, calata quest'ultima nel caso concreto, fosse possibile addivenire ad un giudizio di alta credibilità razionale, declinata nel significato logico-scientifico.

Il caso 'pilota' riguardava la contestazione per omicidio colposo a carico di un sanitario per non aver disposto un esame diagnostico specifico (una TAC) ad un paziente affetto da una forma di meningite fulminante.

I giudici della quarta sezione, ritenendo - sulla base di quanto già accertato dai giudici di merito - che anche laddove il paziente fosse stato sottoposto all'esame suddetto, l'esito lesivo sarebbe ciò nondimeno sopraggiunto nel tempo necessario a predisporre l'esame stesso, concludevano dunque per l'insussistenza di un legame eziologico tra l'omissione contestata al medico e l'evento morte⁸¹.

Il criterio logico della credibilità prossima alla certezza (in certa misura antesignano di quello che sarebbe stato poi indicato dalla Franzese) seguito dalla quarta sezione prese piede⁸² sino ad intensificare il contrasto in seno alla Cassazione. Del resto tale nuova *actio finium regundorum* era quella verso la quale sospingevano le indicazioni della dottrina (spesso critica nei confronti delle tendenze probabiliste manifestate dalla giurisprudenza precedente) e nel contempo derivava dal considerare oramai *jus receptum* l'art. 14 del Progetto Grosso di riforma al codice penale in forza del quale l'equivalenza tra l'agire e l'omettere vi sarebbe stata solamente laddove (oltre alla sussistenza dell'obbligo giuridico di impedire l'evento) fosse stato certo che l'azione omessa avrebbe impedito l'evento⁸³.

⁸⁰ L'eco degli studi di F. STELLA (*Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1975, rist. 2000) è evidente.

⁸¹ Cfr. Cass. Pen., sez. IV, 11 gennaio 1999, Traballi, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 1127.

⁸² Solo per richiamarne alcune cfr. Cass. Pen., sez. IV, 28.9.2000, Baltrocchi (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277 con nota di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*); Cass. Pen., sez. IV, 29 novembre 2000, Musto (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277); Cass. Pen., sez. IV, 28 novembre 2000 (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277); Cass. Pen., sez. IV, 25 settembre 2001, Covili (in *Foro it.*, 2002, II, 289).

⁸³ Si ricordi che, in una certa misura, anche la nota vicenda del Petrolchimico di Marghera è stata interessata dal problema causale e, nel concludere per la parziale assoluzione, il Tribunale di Venezia ha proprio fatto riferimento alla necessità di potersi affidare a leggi di copertura statistiche con un grado di frequenza particolarmente alto, escludendo che fossero tali le leggi di carattere epidemiologico (considerate meramente congetturali).

Al cospetto di tali sviluppi giurisprudenziali, come noto, intervennero le Sezioni Unite con la storica sentenza Franzese⁸⁴ - invero già preconizzata dalla più attenta dottrina sulla scorta della di poco precedente sentenza del 23 gennaio 2002⁸⁵ - al fine di porre fine al contrasto ingeneratosi tra l'orientamento secondo cui sarebbero state sufficienti all'accertamento eziologico nelle fattispecie omissive improprie "serie ed apprezzabili probabilità di successo" del comportamento alternativo lecito (si usa un'espressione sintetica per evocare anche tutte le altre dall'analogo tenore) e l'orientamento più recente volto a ritenere necessaria, per muovere il suddetto addebito, una prova dell'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito prossima alla certezza (ovverosia, nell'accezione sopra esplicitata, prossima a cento).

Su tale sentenza - di notevole rilievo sia per la fondamentale importanza delle questioni affrontate sia per la maestria dell'incedere argomentativo svolto in motivazione - sono stati scritti veri e propri fiumi di inchiostro⁸⁶, componendo una

⁸⁴ Cass. Pen. Sez. Un. 10 luglio 2002, Franzese, che si può leggere, tra l'altro, in *Cass. pen.*, 2002, 3643 ss.

⁸⁵ Ci si riferisce alla previsione di G. FIANDACA nella nota a Cass. Pen. 23 gennaio 2002, Orlando, in *Foro it.*, 2002, II, 420. La richiamata pronuncia, infatti, chiarendo la distinzione tra probabilità statistica (propria del mondo scientifico) e probabilità logica (propria del mondo giuridico) già forniva degli spunti argomentativi che vennero poi puntualmente ripresi ed approfonditi dalla Franzese.

⁸⁶ Senza pretesa di esaustività, cfr. R. BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, 1176 ss.; ID., *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronuncia di legittimità contro tendenza*, in *Cass. pen.*, 2001, 129 ss. (a commento di una pronuncia della Suprema Corte antecedente a quella del 10 luglio 2002 e che ha costituito, tra l'altro, il presupposto dell'intervento delle Sezioni Unite); F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 289 (a commento di tre pronunce della Suprema Corte che hanno costituito il presupposto dell'intervento a Sezioni Unite del luglio 2002); ID., *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1232 ss.; ID., *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 589 (pure a commento delle sentenze della Suprema Corte prodromiche a quella del luglio 2002); G. S. COCO, *Causalità omissiva e responsabilità sanitaria colposa*, in *Giust. pen.*, 2003, II, 371 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione 'antica' di Carrara e la lezione 'moderna' della Corte di Cassazione sull' 'oltre ogni ragionevole dubbio'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 743 ss.; O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 608 ss.; A. DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e*

produzione scientifica tanto dotta e approfondita quanto ingovernabile, alla quale non si ritiene certo di poter aggiungere ancora qualcosa di saggio; pertanto ci si limiterà a richiamare alcuni snodi argomentativi ritenuti funzionali alla prosecuzione dell'indagine proposta.

Le Sezioni Unite, prendendo le mosse da una diffusa ricostruzione del tema causale in genere e appalesata l'adesione al modello della *conditio sine qua non* siccome integrato (o, meglio sarebbe dire, riempito) dal criterio della

accertamento, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50 ss.; M. RONCO, *La struttura del fatto tipico*, in *Commentario cit.*, 259 e ss.; G. IADECOLA, *In tema di causalità e di 'causalità medica'*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 525 ss.; ID., *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirurgica in recenti interventi della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 174 ss. (a commento delle sentenze prodromiche a quella delle Sezioni Unite del luglio 2002); T. MASSA, *Le Sezioni unite davanti a 'nuvole ed orologi': osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, 3661; C. PIEMONTESE, *Responsabilità penale del medico e giudizio sul nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 311. ss.; F. STELLA, *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 202, 767 ss.; ID., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1215 ss.. Per una importante sintesi della successiva giurisprudenza della Corte di Cassazione, cfr. C. BRUSCO, *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 2599 ss.; per una sintesi in ordine alla giurisprudenza più risalente cfr., M.B. MAGRO, *Orientamenti giurisprudenziali sul nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 1991, 336 ss. La menzionata sentenza delle Sezioni Unite ha sollevato anche un intenso dibattito tra i medici legali, in ordine al quale cfr. A. FIORI - G. LA MONACA, *Una svolta della Cassazione penale: il nesso di causalità materiale nelle condotte mediche omissive deve essere accertato con probabilità vicina alla certezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 818 (a commento delle sentenze prodromiche della sentenza a Sezioni Unite del luglio 2002); A. FIORI - G. LA MONACA - G. ALBERTACCI, *Le Sezioni Unite Penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1614 ss.; M. BARNI, *La causalità nella consulenza medico-legale dalla adeguatezza alla certezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 3; P. BENCIOLINI, *Giudice e perito dinanzi ai problemi di valutazione nell'ipotesi di responsabilità per omissione di accertamenti medici dovuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 651; V. FINESCHI, *Responsabilità medica per omissione: malintesi e dubbi in tema di nesso di causalità naturale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002; G. A. NORELLI - V. FINESCHI, *Il medico legale e la valutazione dei temi e dei problemi della modernità: spunti dottrinali per una metodologia operativa condivisa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 263; R. PALAVERA, *Verso una "costruzione giuridica della scienza": riflessi dell'oltre il ragionevole dubbio e della recente giurisprudenza di Cassazione sulle decisioni dei Tribunali di merito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1283 ss.; ID., *Riflessioni in tema di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1692 ss.; E. TURILAZZI, *Causalità omissiva, leggi di copertura e giudizio medico legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 444 ss.; P. ZANGANI, *Orientamento medico legali in tema di condotta omissiva*, in *Giust. pen.*, 2002, I, 157. Tra i più recenti bilanci del dibattito penalistico alimentatosi sulla storica sentenza, cfr., da ultimo, Aa.Vv., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza 'Franzese'. Riflessioni problematiche nel settore penale e in quello civile*, Atti del Convegno di studio del 28 novembre 2012, Tropea, 2013, in particolare la relazione di F. Viganò.

sussunzione sotto leggi scientifiche⁸⁷, affrontano con rigore e acribia la problematica dell'equivalente normativo della causalità nei reati omissivi impropri.

In tale ambito i giudici della Corte nomofilattica, ribadita l'identità dello statuto logico del rapporto causale tra condotta attiva ed omissiva, concordano con l'orientamento più recente emerso in seno alla IV sezione nella parte in cui lo stesso prende le distanze dalle derive delle teoriche di mero aumento del rischio⁸⁸: le Sezioni Unite pertanto procedono alla censura dell'indirizzo per il quale si sarebbero dovute considerare appaganti – ai fini dell'accertamento del nesso eziologico in ambito omissivo – “serie ed apprezzabili probabilità di successo” e concludono il passaggio argomentativo confermando la necessità di raggiungere una probabilità logico-razionale confinante con la certezza (o alto/elevato grado di credibilità razionale).

La parte tuttavia più innovativa della sentenza consiste nell'aver chiarito in cosa consista, più specificamente, il parametro della probabilità confinante con la certezza.

I giudici riuniti nel più autorevole consesso, infatti, chiarivano con grande maestria anche l'equivoco nel quale era incappato lo stesso orientamento incline ad un accertamento prossimo alla certezza.

⁸⁷ Criterio ritenuto dalla stessa Corte il modello maggiormente conforme al diritto positivo e contemporaneamente idoneo a rappresentare un <<momento di irrinunciabile garanzia per l'individuazione della responsabilità nelle fattispecie orientate verso la produzione di un evento lesivo>>.

⁸⁸ Nota bene P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 111, nota n. 27, che, invero, le Sezioni Unite paino <<confondere la teoria dell'imputazione obiettiva dell'evento con quelle tesi, in sede di ricostruzione della causalità omissiva, si accontentano di un mero aumento del rischio, o di una mera mancata diminuzione del rischio [...] Una possibile fonte di equivoci, forse, sta proprio nella locuzione *objektive Zurechnung*, che, tradotta in imputazione oggettiva, può indurre a pensare ad una teoria che avalli forme di “responsabilità oggettiva” [...] E' utile allora richiamare quella dottrina che a chiare lettere, ha esplicitato come “le moderne teorie dell'imputazione oggettiva [...] sono teorie non della responsabilità oggettiva, ma tutt'al contrario dei criteri di scelta dei rischi giuridicamente rilevanti oltre ed al di là dell'esistenza del rapporto di causalità, e irriducibili a questioni di colpa o di dolo, ma finalizzati alla fondazione di una responsabilità colpevole, equilibrata fra disvalore di azione e disvalore di evento” (M. Donini, *Teoria del reato* cit., p. 270)>>. Per il concetto di imputazione giuridica dell'evento secondo la *objektive Zurechnung* cfr. G. LICCI, *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996, 169 e ss.

Come si è evidenziato, infatti, la linea giurisprudenziale da ultimo richiamata collocava pur sempre il tema causale in una dimensione riduttivamente statistico-frequentistica. Così facendo, pur richiedendosi una percentuale di ricorrenza nomologica vicina al cento tra antecedente e susseguente nella legge statistica, il risultato ottenuto spiegava solamente una certa, del tutto astratta, ricorrenza causale, riscontrata in termini generali e parimenti idonea a valutazioni su fenomeni generali, non certo su accadimenti storici tipicamente individuali quali quelli dedotti *sub iudice*.

I giudici della Franzese, più nel dettaglio, chiarirono che il concetto di ‘probabilità statistica’ non coincide con quello di ‘probabilità logica’, in quanto se la prima attiene alle leggi frequentistiche tipicamente figlie dell’osservazione scientifico-naturalistica, la seconda attiene più propriamente al processo induttivo-inferenziale dell’accertamento giudiziario, il quale non è formulabile in termini numerici o riducibili a percentuali quantitative.

Ne discende che il giudice mai deve limitarsi a considerare il livello probabilistico espresso dalla legge di copertura, poiché un livello basso potrebbe nondimeno, laddove si possano escludere fattori alternativi, sorreggere una probabilità logica circa la sussistenza del nesso (anche nell’ipotesi omissiva). Per converso anche laddove sussista una legge probabilistica dotata di un coefficiente alto non sarebbe per nulla scontato il convincimento, in termini di probabilità logico-razionale, circa la sussistenza del nesso causale⁸⁹.

⁸⁹ Testualmente, così si esprimono le Sezioni Unite, sent. cit., 68: «E’ indubbio che coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentistica per tipi di evento, rivelati dalla legge statistica (ed ancor più dalle generalizzazioni empiriche del senso comune o da rilevazioni epidemiologiche), impongano verifiche attente e puntuali sia della fondatezza scientifica che della specifica applicabilità della (sic: alla) fattispecie concreta. Ma nulla esclude che anch’essi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio, condotto secondo le cadenze tipiche della più aggiornata criteriologia medico-legale, circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento.

Viceversa, livelli elevati di probabilità statistica o schemi interpretativi dedotti da leggi di carattere universale (invero assai rare nel settore in esame), pur configurando un rapporto di successione tra eventi con regolarità o in un numero percentualmente alto di casi, pretendono sempre che il giudice ne accerti il valore eziologico effettivo, insieme con l’irrelevanza nel caso concreto di spiegazioni diverse, controllandone quindi l’attendibilità in riferimento al singolo evento e all’evidenza disponibile [...] In definitiva, con il termine ‘alta o elevata credibilità razionale’ dell’accertamento giudiziale, non si intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato

La certezza logico-razionale che il giudice deve conseguire onde fondare l'ascrizione dell'evento alla condotta del soggetto agente, dunque, <<è quella tipica della prova penale, che costituisce l'esito di un ragionamento idoneo a giustificare la conclusione logica secondo cui, se si fosse tenuta l'azione doverosa omessa, il singolo e specifico evento lesivo non si sarebbe verificato, ovvero non si sarebbe verificato con le medesime caratteristiche modali e cronologiche>>⁹⁰.

Procedendo per paradigmi, senza poter qui dedicare lo spazio che meriterebbero certi nodi della motivazione, va infine ricordato che 'l'asticella' del convincimento viene posta sulla sussistenza di un dubbio ragionevole⁹¹: laddove, pur a fronte della conduzione di un controfattuale corredato da tutte le avvertenze e da tutti i protocolli operativi descritti, residui nondimeno un dubbio ragionevole sulla dinamica causale (*rectius*, in tema di reato omissivo improprio, sull'evitabilità dell'evento in caso di condotta conforme a quella prescritta dalla norma violata) il giudice, in applicazione del canone dell'*in dubio pro reo*, deve assolvere l'imputato.

E' proprio da questo aspetto che si diramano i principali problemi che con il presente lavoro si intendono indagare.

Se infatti la pronuncia delle Sezioni Unite sotto i profili di principio risulta certamente ineccepibile, al momento applicativo rivela dei problemi operativi irrisolti in tema di condotta omissiva impropria e di evitabilità: in particolare il

per la copertura della spiegazione, indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente – dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sulla sussistenza del rapporto di causalità>>. Poche pagine addietro (p. 66) la Suprema Corte infatti affermava: <<rimane compito ineludibile del diritto e della conoscenza giudiziale stabilire se la postulata connessione nomologica, che forma la base del convincimento del giudice, ma non esaurisce di per sé stessa la verifica esplicativa del fenomeno, sia effettivamente pertinente e debba considerarsi razionalmente credibile, sì da attingere a quel risultato di 'certezza processuale' che, all'esito del ragionamento probatorio, sia in grado di giustificare la logica conclusione che, tenendosi l'azione doverosa omessa, il singolo evento lesivo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe inevitabilmente verificato, ma (nel quando) in epoca significativamente posteriore o (per come) con minore intensità lesiva>>.

⁹⁰ G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 263.

⁹¹ Anticipando, peraltro, la riformulazione dell'art. 533 c.p.p. del 2006.

Collegio di legittimità, nella sua più autorevole composizione, non spiega il modo con cui raggiungere un accertamento di elevata probabilità logico razionale confinante con la certezza circa la capacità di evitare l'evento mediante il comportamento alternativo lecito laddove le stesse regole cautelari poste a presidio dell'azione doverosa si rivelino in radice (ovverosia *ex ante*) incapaci di esprimere una tale certezza⁹².

La stessa vicenda di merito dedotta *sub iudice* imponeva la valutazione di una duplice seriazione causale.

Prima si è reso necessario accertare la concatenazione eziologica dal punto di vista naturalistico (connettendo dunque la patologia con l'esito fatale); accertamento ineccepibilmente condotto dalla suprema Corte⁹³. Ma, come è evidente, questo dinamismo eziologico non attiene alla connessione causale tra la condotta del medico e l'evento morte, rappresentando piuttosto il presupposto tipico della doverosa attivazione da parte del sanitario.

La verifica del nesso causale tipico (cioè quello che interessa per giungere o meno all'imputazione del fatto al medico) imponeva invece di verificare, mediante un procedimento di aggiunta mentale, che cosa sarebbe accaduto se il medico si fosse attivato secondo le *leges artis*.

Emerge dunque con palpabile evidenza come nell'accertamento della causalità omissiva non vi sia nessuna condotta naturalistica del medico da 'pensar via', proprio perché già in radice si assume che l'evento non sia stato naturalisticamente cagionato dal medico; sicché la valutazione del nesso causale omissivo, da condursi secondo l'interrogativo appena sopra proposto, non può che riversare completamente il momento causale della colpa (la violazione delle *leges artis*, nel caso di specie) nella dinamica causale tipica (l'eziologia tra omissione ed evento). Di qui la <<coincidenza tra "causalità della colpa" (evitabilità

⁹² Ci si riferisce alle regole cautelari c.d. improprie. Per un approfondimento del tema si veda *infra*, Cap. III.

⁹³ L'organismo del paziente già segnato da un sistema immunitario gravemente compromesso, venne aggredito da un batterio ingenerando un'infezione che a sua volta comportò una sepsi addominale causale rispetto alla morte. Sul punto cfr. P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 121.

dell'evento in caso di condotta ipoteticamente osservante) e “causalità dell'omissione” (definibile allo stesso modo)>>⁹⁴.

Proprio questa coincidenza, tuttavia, rende ancor più pressante il problema di fondo: come acquisire una certezza logica laddove manchi una base statistica sufficiente a consegnare dei dati di una certa chiarezza circa l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito?

Il modello disegnato dalla Suprema Corte, a ben vedere, funziona meglio nelle ipotesi attive, poiché dibattendosi di una causalità ‘reale’, l'esclusione di fattori alternativi incidenti sull'evento permette di dare delle basi (e degli argomenti non arbitrari) di convincimento al giudice.

Nelle ipotesi omissive, tuttavia, essendo già stata appurata in partenza la causalità materiale, quali fattori alternativi potrebbero mai essere esclusi che già non lo siano stati nel primo segmento di accertamento?

La Franzese stessa - a prescindere dalla qualificazione giuridica della condotta, eseguita anche in tal caso dando peso preponderante alla componente omissiva della colpa pur a fronte di una serie di contegni certamente attivi - in realtà si rifugia dietro l'etichetta della probabilità logica confinante con la certezza ma non spiega, nel caso sottoposto al suo esame, quali fossero state le evidenze che le permisero di rispondere al quesito circa l'evitabilità dell'evento. Non consta infatti che vi fossero delle leggi statistiche dotate di sufficiente capacità esplicativa da potersi affermare che l'evento, mediante un intervento sanitario secondo le *leges artis* avrebbe avuto efficacia impeditiva⁹⁵ o che, al contrario, l'esito sarebbe stato comunque inevitabile.

Ad ogni modo, ed al di là del caso specifico, ciò che emerge – e che in effetti in molti casi successivi è emerso – è come il giudice di merito potrebbe giungere, sulla base dei medesimi riscontri probatori, a ritenere sussistente o non sussistente la prova (circa l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento

⁹⁴ P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 122 e nota n. 39.

⁹⁵ *Ibidem*, cfr. 126 e ss.

alternativo diligente) richiamandosi pur sempre al principio espresso della Franzese :<<con altro grado di probabilità logico-razionale>>⁹⁶.

Certo non va dimenticato come le Sezioni Unite abbiano espressamente ricordato la capacità euristica della razionalità di senso comune, che potrebbe soccorrere attraverso le massime di esperienza⁹⁷ (la cui forza razionale non può essere semplicisticamente banalizzata); ma, forse, anche un'attenta analisi della struttura delle regole cautelari (e della costante dialettica tra prospettiva *ex ante-ex post* che le caratterizza) potrebbe contribuire a trovare delle risposte.

Al di là di questo ulteriore problema (per l'analisi del quale si rinvia ad un punto successivo della trattazione: Cap. III), ciò che preme far emergere con quanto precede è una triplice constatazione:

- per quanto la Franzese rappresenti indiscutibilmente una pietra angolare in seno alla tematica causale⁹⁸ e le vada riconosciuto il grande merito, da un lato,

⁹⁶ Per esemplificare si possono richiamare Cass. Pen., Sez. IV, 15 novembre 2005, Fedele, in *Guida Dir.*, 2006, 31, 81 e Cass. Pen., sez. IV, 5 dicembre 2003 n. 4981, Ligresti.

⁹⁷ M. RONCO, *La dimensione del fatto tipico: il nesso causale* cit., in *Commentario* cit., 214 e ss.; G. CANZIO, *La causalità tra diritto e processo: un'introduzione*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1971 e ss.; G. CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1993 e ss.; G. CANZIO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 303 e ss.; P. TONINI, *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1459 e ss; per una specifica valutazione critica delle massime d'esperienza cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 195: <<esse esprimono nozioni di senso comune che hanno come solo fondamento il fatto di far parte della cultura dell'uomo medio in un certo luogo e in un certo momento. Questo aspetto determina l'importanza di queste nozioni ma anche i loro limiti epistemologico: talvolta infatti esse sono volgarizzazioni di leggi logiche o naturali, sicché esiste – almeno in teoria – la possibilità di fondare su queste leggi la valutazione delle prove. Più spesso invece queste basi non esistono e le massime d'esperienza esprimono solo rozze generalizzazioni generiche tendenze, opinioni e pregiudizi diffusi, alla luce delle quali sta solo il senso comune senza alcuna convalida o conferma di tipo scientifico>>. Cfr. anche M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette <<massime di esperienza>>*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 123. Interessante, sotto questi profili anche S. FUSELLI, *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti a margine di Aristotele e Hume*, in *Retorica, Processo, Verità*, F. CAVALLA (a cura di), Padova, 2005, 151 e ss.

⁹⁸ Va infatti sottolineato che, a seguito dell'intervento delle Sezioni Unite, la precedente tendenza al mero 'probabilismo' nelle ipotesi di omissione impropria pare quasi del tutto superata: al contrario è andato consolidandosi il principio di identità dei protocolli di accertamento sulla sussistenza del nesso eziologico sia nei reati commissivi che in quelli omissivi. Inoltre lo stesso criterio dell'elevata credibilità logico-razionale – vera conquista della Franzese – come parametro di giudizio univoco sia casi attivi che in quelli omissivi sembra essersi ormai graniticamente stabilizzato. Si vedano al proposito Cass. Pen., Sez. IV, 25 novembre 2004, P.N., in *CED Cass.*, rv. 231530, nella quale si è stabilito che, con riguardo al tema dell'accertamento circa il nesso

eziologico in un'ipotesi di condotta omissiva (in ambito di responsabilità medica), il giudice debba verificare la validità del coefficiente espresso dalla legge statistica sulla base delle peculiarità del caso concreto e delle emergenze istruttorie di modo che, all'esito del ragionamento probatorio (condotto escludendo la possibile interferenza di fattori alternativi) sia possibile vedere nell'omissione contestata la condizione necessaria per la verifica dell'evento. Nel caso di specie era stata contestata l'omessa prescrizione di un esame 'doppler' ad una paziente, giunta al presidio sanitario a seguito di un incidente. La paziente, a seguito di un'embolia polmonare, morì e l'Accusa sostenne che laddove vi fosse stato l'esame doppler predetto nella realtà omesso la paziente si sarebbe salvata. La Corte di nomofilachia, nell'annullare con rinvio, confermò chiaramente che la prova circa la sussistenza del nesso casuale non può identificarsi con il mero accertamento della violazione di una generalizzata regola di esperienza, né nella astratta idoneità della medesima ad avere incidenza causale in base ad un certo coefficiente 'frequentistico'. Al contrario deve trattarsi di un accertamento positivo, basato sulle prove disponibili e condotto 'ex post'. Cass. Pen., Sez. V, 16 febbraio 2005, Caruso, in *CED Cass.* rv. 231717 sempre in tema di nesso causale nei reati omissivi. Si è in tal caso affermato che non possa essere esclusa la responsabilità del medico che non si attivi (e, nel caso di specie, non disponga il ricovero, presso un reparto attrezzato per monitoraggi costanti, di un paziente che presenti un forte dolore toracico, con ciò evidenziando una pericolosa sintomatologia di problemi cardiaci) quando, in base al dispiegarsi di un puntuale giudizio controfattuale, l'adozione della condotta alternativa diligente avrebbe evitato il decesso del paziente con l'alta credibilità razionale o probabilità logica richieste ai fini della certezza penale. Cass. Pen., Sez. IV, 21 dicembre 2004, Mazza, in *CED Cass.*, rv. 231230, nella quale, con riferimento ad una contestazione per omicidio colposo, si addebitava ad un medico anestesista di non essere tempestivamente intervenuto, secondo le *legis artis*, all'intubazione del paziente in fase pre-operatoria. La Corte ha affermato, in tale arresto, che in tema di responsabilità per colpa medica, il rapporto causale sussiste allorché la condotta colposa (contestata) costituisca di per sé *condicio sine qua non* dell'evento, in forza della prova, raggiunta con 'alto grado di credibilità logico-razionale', che l'evento non si sarebbe verificato se il sanitario avesse serbato il contegno prescritto dalle regole di diligenza. Cass. Pen., Sez. IV, 23 giugno 2004, in *CED Cass.*, rv. 229834, sempre in tema di causalità omissiva nell'ambito medico, ripropone un criterio interpretativo, ai fini dell'accertamento circa la sussistenza del nesso eziologico, basato ancora una volta sulla valutazione dell'evitabilità dell'evento da condursi con parametri di 'probabilità logica' (da contrapporsi dunque alla 'probabilità statistico-nomologica') imperniata sul corretto dispiegarsi del giudizio controfattuale; Cass. Pen., Sez. V, 19 marzo 2003, Gliozzi, in *CED Cass.*, rv. 224529, mediante la quale, in ambito sanitario, la Corte dichiarava che, nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non deve ritenersi sussistente sulla sola base di un coefficiente di probabilità statistica, ma deve trovare riscontro in un giudizio di alta probabilità logica, conseguendone che esso sia configurabile solamente laddove si accerti che, ipotizzandosi avvenuta l'azione doverosa ed escludendosi percorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado di credibilità razionale, non si sarebbe verificato ovvero si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva (la Corte ritenne legittimamente affermata la responsabilità medica, per omicidio colposo, non avendo il medico proceduto ad un intervento salvifico in conseguenza di un'errata diagnosi); In termini del tutto analoghi vedi anche Cass. Pen., Sez. IV, 20 febbraio 2003, Cardillo, in *CED Cass.*, rv. 224581. Di poco successiva alla sentenza Franzese è Cass. Pen., Sez. IV, 17 settembre 2002, Marinari, in *Cass. pen.*, 2004, 2379, nella quale, invece, la Corte di legittimità afferma che l'accertamento praticabile del rapporto causale in ambito omissivo sia quello connotato da 'alto grado di probabilità', in quanto il giudice si concentra solo su una condizione dell'evento, la condotta umana, non potendosi pretendere dallo stesso la ricostruzione, su di un piano rigorosamente scientifico, dell'intero meccanismo eziologico che ha portato alla produzione dell'evento. Cass. Pen., Sez. IV, 9 maggio 2003, Monti, in *CED Cass.*, rv. 225988, pronunciata questa volta nel settore della responsabilità per esposizione dei prestatori di lavoro ad amianto: la

di aver affermato lo standard dell'elevata credibilità logico-razionale (censurando così l'orientamento meramente probabilista) e, dall'altro, di aver tracciato una chiara distinzione tra 'probabilità statistica' e 'probabilità logica', va evidenziato come la stessa si sia concentrata soprattutto sul momento epistemico (peraltro, come si è visto, forse non risolvendolo sino in fondo dal lato omissivo)⁹⁹;

- il tema *lato sensu* causale non viene concettualmente isolato rispetto all'adiacente (e financo sovrapposto) tema del secondo livello di causalità della colpa (l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito);

- la Corte non giunge ancora ad una considerazione puntuale dei profili di demarcazione tra condotta attiva ed omissiva, sovrapponendo il momento omissivo della colpa con quello della condotta.

Poste queste considerazioni, per così dire, 'interlocutorie'¹⁰⁰ e volendo avanzare nel tentativo di far chiarezza onde provare a dare delle risposte coerenti ai problemi sollevati, si procederà a ritroso rispetto all'ordine con il quale sono state presentate: si passerà ora dunque ad approfondire il tema del reato omissivo improprio, al fine di renderlo distinguibile dal reato in forma commissiva e di isolarne concettualmente quelle peculiarità strutturali che, come già più volte anticipato, vengono a sovrapporsi alle componenti colpose nel corso

Corte ha affermato che nel reato omissivo improprio colposo (la contestazione era infatti costruita in chiave omissiva, come omessa predisposizione della cautele necessarie a prevenire patologie cancerogene) il rapporto causale tra omissione ed evento deve essere verificato in forza di un giudizio di alta probabilità logica. Tale nesso è dunque configurabile solo se si accerti, con alto grado di probabilità logica, che, aggiungendosi mentalmente l'azione doverosa (in base alle regole cautelari disponibili) ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva, dovendosi la condotta omissiva identificare con la *conditio sine qua non* dell'evento.

⁹⁹ Cfr. G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 266.

¹⁰⁰ Se questi sono i rilievi che possono essere mossi al quadro del diritto vivente sino alla sentenza delle Sezioni Unite e nel periodo immediatamente prossimo alla stessa, va tuttavia ricordato come l'ulteriore evoluzione giurisprudenziale abbia gradualmente affinato l'analisi della tematica del comportamento alternativo lecito, riuscendo in misura via via crescente a distinguerlo concettualmente da quello della causalità *tout court*.

Si procederà dunque nel Capitolo III, dopo essere passati per quel crocevia che tanto influenza la comprensione del tema (il reato omissivo improprio) ad una rapida disamina di alcune sentenze della giurisprudenza più recente, in modo da seguire, direttamente in *medias res*, il percorso giurisprudenziale 'post Franzese' in tema di comportamento alternativo lecito.

dell'accertamento circa l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito.

Del resto, lo stesso Massimo Donini, autore della tripartizione sopra riproposta e, come si vedrà, pur incline ad una diversificazione del grado di corroborazione processuale circa la causalità della colpa, riconosce con apprezzabile onestà intellettuale che i rapporti tra azione e omissione costituiscono, probabilmente, il vero crocevia per molti problemi generali di diritto penale, non ultimi quelli di cui si tratta¹⁰¹.

Si valuterà poi - riprendendola da dove la si è ora lasciata - l'evoluzione giurisprudenziale avutasi dopo la sentenza Franzese al fine di porre in luce la sempre maggiore attenzione per il tema del comportamento alternativo lecito. Si procederà quindi a verificare le varie collocazioni dogmatiche date a tale figura dai principali orientamenti della dottrina italiana seguendone le rispettive ripercussioni processuali; infine si tenterà di accedere ad una soluzione che riesca a comporre il profilo normativo con quello più propriamente assiologico, offrendo un contributo che - ci si augura - possa essere, se non certamente risolutivo, quantomeno equilibrato e idoneo a sollecitare nuovi profili di riflessione nell'incessante cammino della scienza giuridica.

¹⁰¹ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento* cit., 117, nota n. 39: <<la distinzione tra fare e omettere [...] costituisce un vero crocevia per molti questioni generali e dovrà essere approfondita in future ricerche>>.

CAPITOLO II

PER UNA PRELIMINARE DISTINZIONE TRA AZIONE ED OMISSIONE: LE PROBLEMATICHE DEL REATO OMISSIVO IMPROPRIO

Sommario: 1. *Piano d'indagine* - 2. *Il concetto di omissione penalmente rilevante e la distinzione tra reati commissivi e reati omissivi* - 3. *La difficile emancipazione del reato commissivo mediante omissione (recte: reato omissivo improprio) dal modello analitico del reato commissivo* - 4. *La dimensione normativa e la natura deontico-relazionale dell'omissione* - 5. *Reati omissivi propri e reati omissivi impropri* - 6. *La struttura normativa del reato omissivo improprio* - 6.1. *L'area operativa dell'art. 40 cpv. c.p.* - 6.2. *L'obbligo giuridico di impedire l'evento: l'individuazione della posizione di garanzia* - 7. *Il rapporto di regola-eccezione tra commettere ed omettere nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale*

1. *Piano d'indagine*

Come anticipato nelle pagine che precedono, il cuore della ricerca non può prescindere da una corretta e chiara collocazione, nelle stanze della teoria generale del reato prima e della dogmatica penalistica poi, delle condotte attive ed omissive, individuandosi i criteri in base ai quali ancorare una sicura qualificazione delle fattispecie concrete in fase applicativa ed evitando così di lasciare uno spazio ermeneutico talmente ampio da permettere lo scolorire delle demarcazioni fondamentali tra commettere ed omettere quale grimaldello per superare le difficoltà probatorie che i reati omissivi impropri comportano, *inter alia*, in punto di causalità e di colpa.

La distinzione proposta (che, come si è visto, si pone alla base della sopra richiamata tripartizione delineata dal Donini) si presenta parimenti fondamentale al fine di evitare la tanto indebita quanto frequente (nella prassi giurisprudenziale) sovrapposizione concettuale tra i profili normativo-negativi necessariamente implicati dalla condotta omissiva, da un lato, e gli aspetti normativo-negativi della colpa, dell'altro. Non si nega certo che questi profili risultino epistemologicamente intrecciati 'a quadruplici filo', soprattutto laddove si tratti di sondare il grado di efficacia probatoria che dovrà assumere la potenzialità salvifica del comportamento alternativo lecito nel reato omissivo colposo; ma si tratta di un intreccio che, sotto il profilo analitico, deve essere preliminarmente districato concettualmente per raggiungere delle soluzioni accettabili sotto il profilo sistematico e, solo conseguentemente, sotto il profilo dinamico-processuale.

Indispensabile sembra dunque ripercorrere – pur senza pretese o ambizioni di esaustività – la *vexata quaestio* circa l'autonomia concettuale della 'omissione' rispetto alla 'commissione' nell'ambito della teoria dell'azione e la lenta ma inesorabile emancipazione del reato omissivo improprio (o commissivo mediante omissione) rispetto al reato commissivo *tout court*, cogliendo l'occasione per l'approfondimento di un tema – per così dire – 'ancillare' rispetto a quello di principale interesse (che verrà poi ripreso in tutta la sua complessità nel Capitolo III proprio grazie a questa disamina), ma nel contempo fondamentale per la comprensione dello stesso.

2. Il concetto di omissione penalmente rilevante e la distinzione tra reati commissivi e reati omissivi

Per lungo tempo la teoria generale del reato si è affannata nella ricerca di un concetto unitario di azione, un concetto di *genus*, capace di comprendere in sé, sotto l'effigie descrittiva di 'condotta penalmente rilevante', tanto l'*agere* quanto l'*omittere*, quali declinazioni di *species* di quello stesso concetto unitario che

sarebbe stato da intendere quale – questo il presupposto di fondo – pietra angolare dell'intero sistema penale¹⁰².

Invero, come osservato da attenta dottrina¹⁰³, azione ed omissione <<per quanto accomunate dall'esprimere entrambe una libera, non necessitata, esternazione della persona nel mondo>>, differiscono profondamente già sotto il profilo naturalistico¹⁰⁴. L'azione infatti si presenta quale esternazione attiva del soggetto agente nel relazionarsi nel mondo mediante un movimento direttamente ed immediatamente percepibile con i sensi; l'omissione, che pure è una forma di esternazione dell'uomo nel mondo, lo 'descrive' per il <<suo mancato contributo ad una prestazione che ci si attende da lui>>¹⁰⁵, ma si tratta di un'esternazione percepibile con i sensi solo nei suoi presupposti e nelle sue conseguenze, non in quanto tale, nel suo concretizzarsi quale atto contrario al dovere (*recte*: all'obbligo) di agire. Detto altrimenti, mutuando le parole di M. Romano, se l'azione è un <<*quid* naturalistico>>, l'omissione è un <<*quid* normativo>>¹⁰⁶, purché si tenga ben presente che anche l'omissione viene contrassegnata da situazioni reali (il presupposto e la conseguenza dell'omissione stessa) senza le quali non sarebbe fenomenicamente percepibile, né giuridicamente rilevante.

¹⁰² Cfr. per tutti F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1952, 227; per una ricostruzione critica si veda G. MARINUCCI, *Il reato come <<azione>>. Critica di un dogma*, Milano, 1971, il quale ricostruisce le numerose vie ermeneutiche lungo le quali si tentò di rinvenire un concetto superiore ed unitario di condotta penalmente rilevante; cfr. anche G. FIANDACA, voce <<*omissione (diritto penale)*>> in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 547. Nella dottrina tedesca, si veda C. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica*, in *Studi Delitala*, III, Milano, 1984, 2087 e ss.

¹⁰³ Cfr. M. RONCO, *Il Reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2011, 110 e ss.

¹⁰⁴ Cfr. FIANDACA, voce <<*omissione (diritto penale)*>> cit., 547, laddove il chiaro Autore pur valorizzando il profilo normativo ed affermando che: <<il substrato generale delle categorie dogmatiche che vanno sotto il nome di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza non è infatti costituito da un concetto ontologico o pregiuridico di azione; quel che è da considerare azione in senso penalistico dipende, in realtà, dall'interpretazione delle singole norme incriminatrici e, di conseguenza, dalla ricognizione della varie forme di condotta in esse legislativamente previste>> giunge a riconoscere la valenza di un inconfutabile dato ontologico, consistente nell'impossibilità di <<introdurre, nella struttura dell'omissione in quanto tale, una fisicità o uno spessore naturalistico che ad essa fanno irrimediabilmente difetto>>.

¹⁰⁵ Cfr. M. RONCO, *Il Reato*, cit., 110.

¹⁰⁶ M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice Penale*, I, Milano, 1987, 313.

Sotto questo profilo devesi riconoscere come, valorizzando il dato normativo - e, dunque, individuando la condotta penalmente rilevante in base alla strutturazione della fattispecie - al netto di una pre-comprensione naturalistica delle differenze sussistenti tra agire ed omettere, sia da rigettare definitivamente l'ormai vetusto motivo per il quale l'omissione sarebbe descritta con riferimento al comportamento effettivamente tenuto in luogo di quello doveroso omesso. Il filone ricostruttivo dell'*aliud agere* - la cui prima teorizzazione risale a Luden¹⁰⁷ - e l'annosa questione circa la rinvenibilità di un qualche sostrato fisico dell'omissione che la renda assimilabile all'azione naturalistica sono infatti tramontati con la lunga stagione della <<caccia dell'«azione» nell'omissione>>, cedendo il passo al disincanto della dottrina penalistica contemporanea, la quale, in modo pressoché unanime, ritiene che l'azione in senso stretto e l'omissione stiano nel medesimo rapporto di contraddizione in cui si pongono <<A e non A>>¹⁰⁸.

L'omissione, pertanto, nutrendosi di significato giuridico sul piano socio-normativo, assume una propria, autonoma e riconoscibile, dimensione nell'ambito di un contesto inter-relazionale, all'interno del quale si generano aspettative di comportamento e ne discendono regole di condotta positiva al sussistere di determinati presupposti.

Di qui, il tanto tradizionale quanto efficace criterio discretivo tra condotta attiva ed omissiva imperniato sul tipo di struttura della norma penale violata: laddove la norma imponga l'astensione da un certo comportamento, essa assume carattere di **divieto** e la sua violazione non può che avvenire per il tramite di un comportamento naturalisticamente attivo; laddove, invece, il precetto violato imponga un agire che l'ordinamento fa obbligo di intraprendere, esso si rivela nel

¹⁰⁷ H. LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, II, 1840, 250 e ss.; in Italia, per la teoria dell'*aliud agere* si veda E. MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923, (rist. 1934), 64 e ss.; A. BONUCCI, *L'omissione nel sistema giuridico*, Perugia, 1911, 77 e ss.; G. DELITALA, *Il fatto e la teoria generale del reato*, Padova, 1930, 134 (sul quale, per un rivisitazione critica, cfr. M. GALLO, *La teoria dell'«azione finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950, rist. 1967, 25); F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento del reato*, Milano, 1928, 16 e ss..

¹⁰⁸ L'espressione, come è evidente, è 'rubata' a G. RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechssystem*, 1967 (ristampa), 132 e ss., Cfr. anche G. FIANDACA, voce <<omissione>> cit., 547.

suo carattere di **comando** e la sua violazione, in sé e per sé considerata, non può che realizzarsi mediante una omissione del comportamento doveroso¹⁰⁹.

Queste due diverse forme di violazione della norma non hanno una mera valenza classificatoria a puri fini speculativi o teorici, ma evidenziano le differenti peculiarità strutturali dei reati omissivi (che si riscontrano su una molteplicità di piani, dal nesso causale, al dolo nel tentativo, al concorso di persone nel reato) le quali presentano indubbi risvolti, di carattere pratico-applicativo (si veda *infra* all'ultimo paragrafo) ma anche di carattere ontico-psichico, morale e giuridico.

Si consideri ad esempio il profilo ontico-psichico: è ben possibile rilevare che a differenza della condotta commissiva, la quale individua - attraverso la violazione di un divieto - un soggetto <<psichicamente attivo *versus* la causazione dell'offesa>>¹¹⁰, l'omissione, consistendo nella violazione di un comando, disvela un soggetto <<psichicamente inerte *versus* la promozione del bene giuridico>>¹¹¹. Ciò comporta delle evidenti ricadute pratiche, ad esempio in punto di realizzazione dolosa o di compatibilità con il tentativo.

Tuttavia, come a breve si vedrà più diffusamente, le peculiarità strutturali dei reati omissivi - che meritano sicuro approfondimento - sono state offuscate dalla tendenza della dottrina contemporanea alla parificazione dei reati di azione e di omissione in forza dello stretto dato normativo (art. 42, co. 3 e 4, c.p.)¹¹², sulla scia di un equivoco di fondo: nell'emancipazione del reato omissivo da quello commissivo, i moduli concettuali di quest'ultimo sono stati acriticamente trasferiti sul primo¹¹³, facendo del reato omissivo una declinazione di 'azione' da

¹⁰⁹ Cfr. ROMANO, *Commentario* cit., 313; T. GALIANI, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980; G. FIANDACA, voce <<Omissione>>, cit., 546.

¹¹⁰ M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario* cit., 124.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Quando in realtà il vero dato che li accomuna va ricercato nel fatto che entrambi esprimono un *atto*, poiché, come già insegnava S. TOMMASO D'AQUINO (*Quaestiones disputatae de malo, quaest. 2, a.1*: <<Ma l'omissione non è senza un atto, perché l'omissione è una certa negazione: infatti, ogni negazione si fonda su una affermazione. Così è necessario che il peccato di omissione si fondi in qualche atto>>), anche l'omissione individua un *atto umano*, disordinato, inappropriato rispetto al fine e dotato di disvalore diversamente graduato rispetto all'azione naturalistica, ma pur sempre un *atto di estrinsecazione della volontà umana*.

¹¹³ Cfr. RONCO, *Commentario* cit., 123 e 124.

ricondurre forzatamente entro il paradigma del reato commissivo, in termini del tutto analoghi a quanto è accaduto, lungo il versante soggettivo del reato, per la colpa, per lungo tempo relegata a vivere in una dimensione di raffronto con il dolo, assunto a paradigma concettuale di riferimento.

Tale ‘affinità di percorso’ tra omissione e colpa (che qui si può solo evocare, proponendosi di segnalare le similitudini evolutive), rappresenta un ulteriore motivo per concentrarsi sulle fattispecie omissive improprie colpose: è proprio in queste ipotesi che la sovrapposizione delle modularità di accertamento desta le maggiori difficoltà nell’isolare concettualmente causalità ‘basica’ e ‘causalità della colpa’ (anche se, come si vedrà, il problema della flessione del rigore probatorio per quest’ultima si presenterà stringente soprattutto nell’ambito dei reati commissivi) ed è per questo che la lente dell’indagine che seguirà nel presente capitolo tenderà a focalizzarsi proprio su questa tipologia di reato, anticipando alcuni aspetti attinenti alla vicinanza tra il piano oggettivo della condotta omissiva ed il piano parimenti oggettivo della (causalità della) colpa.

3. La difficile emancipazione del reato commissivo mediante omissione (recte: reato omissivo improprio) dal modello analitico del reato commissivo.

Nella - precedentemente evocata - spasmodica ricerca di una categoria unitaria di ‘condotta’ entro la quale far rifluire sia l’azione sia l’omissione, il concetto generale venne a modellarsi proprio sul calco del paradigma dell’azione in senso stretto. Ne conseguì che le fatiche sistematiche della dottrina dell’epoca relative all’omissione si concentrarono più sulle (improbabili e per certi versi forzate) similitudini rispetto all’altra *species* (commissione) che ad individuarne la reale ed effettiva struttura così come delineata dal dato normativo.

In altri termini - parafrasando le parole di Marinucci - si tentò di ricavare un concetto di genere partendo da una delle sue pretese *species*, utilizzando il metodo della definizione per *genus proximum et differentiam specificum* con tutti i rischi in essa insiti, primo tra i quali quello di scegliere come *Hauptform* una specie dominante (per ragioni storiche) e degradare di conseguenza le altre

species al ruolo di mera eccezione, con il risultato di lasciare in ombra i reali tratti differenziali e strutturali che connotano queste ultime, perché spinti <<dalla preoccupazione di trovare qualche tratto comune per la edificazione del ricercato concetto di genere>>¹¹⁴.

Proprio tale incedere metodologico, del resto, ha propiziato lo sviluppo del filone teorico dell'*aliud agere*¹¹⁵, posto che, prendendo a paradigma il reato commissivo ed il concetto di azione in senso stretto, si è giunti a ritenere che la condotta omissiva non si esaurirebbe in un mero fatto negativo (il mancato compimento dell'azione doverosa) ma sarebbe sempre integrato da un *quid* positivo poiché l'omittente deve aver fatto qualcosa di diverso o, secondo l'accezione di E. Massari¹¹⁶, più propriamente "l'azione inversa" rispetto a quanto doveva e poteva fare. Ecco che in tal modo, obliterando i tratti peculiari dell'omissione, essa viene ricondotta con una 'acrobazia logica' allo schema tipico dell'agire fisico sotto l'evocativa espressione dell'*aliud facere*, quasi a voler ricondurre a tutti i costi l'omissione entro le rassicuranti maglie di un concetto (quello dell'agire fisico modellato sul reato commissivo) più facilmente dominabile.

Considerazioni in parte analoghe, peraltro, valgono per l'emancipazione della colpa, modellata sulla *species* performativa del dolo nella ricerca di un concetto generale di colpevolezza¹¹⁷, con la medesima inversione metodologica utilizzata per la condotta.

¹¹⁴ G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 37; cfr. anche G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 15 e ss.; A. MASSARO, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2008.

¹¹⁵ Si veda la nota 107, Paragrafo 2, del presente capitolo.

¹¹⁶ E. MASSARI, *il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Napoli, 1923 (rist. 1934), 57 e ss.

¹¹⁷ A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, 251 e ss. Il chiaro Autore evidenzia l'affinità intercorrente tra la problematica di un concetto unitario di condotta e di colpevolezza, dal quale deriva, conclude l'Autore, che non sia corretto negare la possibilità di costruire un concetto superiore ed unitario per il dolo e la colpa e ammetterlo, invece, per l'azione e l'omissione. Cfr. anche A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, Grosso – Padovani – Pagliaro (a cura di), Milano, 2007, 78 e ss.

Senza volersi addentrare ora nel profilo soggettivo del reato, basti per il momento osservare che la colpa, sulla base della matrice hegeliana per cui <<chi dice azione dice volontà: chi dice volontà dice azione>>¹¹⁸, venne ricostruita quale <<volontà negativa>> o <<inerzia psichica>>¹¹⁹, evidentemente venendo a modellarsi sul paradigma di segno attivo del dolo.

In tal modo, dunque, si è per lungo tempo costruito il reato omissivo (in particolare colposo) quale ipotesi ‘ancillare’ del reato commissivo (doloso), forzandone le affinità e risultando miopi alle diversità.

Attualmente il processo di emancipazione dell’omissione dal corrispettivo naturalistico-fisicalista dell’azione sembra aver, invece, conosciuto un notevole sviluppo, se si pone mente ad una serie di evocative espressioni di autorevole dottrina che parla di tramonto <<della caccia alla fisicità nell’omissione>>¹²⁰ (analogamente a quanto, per la colpa, si è parlato di un tramonto della <<caccia al dolo nella colpa>>¹²¹) sul presupposto (che non trova piena condivisione nella riflessione di fondo che si annida alla base del presente lavoro) di un’utilità tutto sommato relativa, ai fini dello studio analitico del reato, della ricerca di un concetto superiore di ‘azione’.

Certo l’individuazione di un tal concetto rimane di fondamentale importanza, ma ad altri fini: come ben evidenziato da M. Romano, una nozione unitaria di ‘azione’, individuata senza cadere nell’errore metodologico sopra denunciato, avrebbe tre finalità. Una negativa, in quanto funzionale ad escludere ciò che non possiede i requisiti minimi per definirsi condotta penalmente rilevante; una teoretica, posto che, ‘distillando’ gli elementi comuni di ciascun

¹¹⁸ F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, 2 in aperta critica nei confronti di F. ANTOLISEI, *L’azione e l’evento nel reato*, Milano, 1928 e E. MASSARI, *Il momento esecutivo* cit., riferendosi a G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1979, (trad. it. di F. Messineo), 121.

¹¹⁹ L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto di ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954, 159 e ss.

¹²⁰ G. FIANDACA, voce <<omissione>> cit., 547.

¹²¹ L’espressione risale in realtà allo studioso tedesco Karl Binding che viene ricordata da G. MARINUCCI, *Il reato come azione*, cit., 38, nell’ambito di una ricostruzione critica dei motivi che hanno condotto ad un adattamento - metodologicamente e concettualmente ‘claudicante’ - dell’omissione all’agire positivo.

illecito, può orientare la costruzione scientifica del diritto penale; infine una pedagogico-culturale, in quanto idonea a sottolineare la centralità dell'uomo nell'ordinamento ed in specie nel diritto penale¹²².

Preme tuttavia rilevare che il commiato della comunità scientifica da una serie di problemi, collocati tra l'ontologia e la teoria generale del diritto, trovano radice profonda nella formulazione del paradigma di azione - tradizionalmente denominato "classico" - tratteggiato da Franz Von Liszt negli ultimi decenni del secolo XIX, secondo cui l'azione deve essere vista essenzialmente come causazione volontaria ovvero come il mancato volontario impedimento di una modificazione del mondo esteriore, connettendo quindi il polo soggettivo della condotta non con l'evento, ma con la mera innervazione fisica del movimento quale unico oggetto possibile della volontà dell'agente¹²³.

In estrema sintesi, dunque, (non essendo questa la sede per affrontare *funditus* tale complesso problema) l'azione - che <<come movimento tra due istanti di tempo, è un *continuum* che si sottrae, in quanto tale, alla trattazione matematica>> -, con l'invenzione ad opera di Leibniz e Newton del calcolo differenziale per scomporre il movimento, è divenuta parimenti frazionabile in intervalli statici che, nella logica puramente fisikalista, hanno condotto ad accorciare il segmento autenticamente ontologico e conoscitivo dell'azione

¹²² Cfr. M. ROMANO, *Commentario* cit. pre art. 39, Milano, 2004, 312, 313; Cfr. anche A. MASSARO, *La colpa* cit., 4. Si ritiene tuttavia che la "funzione negativa" dell'azione vada in realtà letta nell'ambito sistematico del problema della coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p. (sulla quale non si può che rimandare al profonda e puntuale indagine svolta da M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario* cit., 127 e ss.) o, se si preferisce, sul terreno della *suitas*, quale effettivo elemento capace di individuare una prima selezione delle condotte rilevanti in quanto propriamente appartenenti ad un essere umano ed in quanto esternazione del medesimo nel mondo.

¹²³ Cfr. M. RONCO, *Descrizioni penali dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, 471 e ss.. L'Autore con una profondità di pensiero ineguagliabile, partendo dall'elaborazione del modello di "alberi di azione" di D. Davidson, individua la cifra complessiva dell'azione confutando le ragioni di un'amputazione delle azioni descritte nei rami superiori a favore dell'esclusiva rilevanza dei rami inferiori: L'autore, in altri termini, dimostra come, a render ragione ed a illuminare realmente il valore (o il disvalore) dell'azione, siano proprie le descrizioni dei rami superiori, poiché esse solo consegnano la volontà manifestata dal soggetto così come specificata nell'azione di base, esprimendone le peculiari e le connotanti specificità.

stessa¹²⁴, ‘derubata’ del referente principale che la rende intellegibile e valutabile giuridicamente: l’intenzione (nell’azione dolosa) o la ‘disordinazione’ (in quella colposa) che la origina.

Ciò - è evidente - ha contribuito ancor più a porre in ombra le diversità tra condotta attiva e condotta omissiva, in modo del tutto analogo a quanto è accaduto per le divergenze sussistenti tra condotta dolosa e colposa, in una sorta di livellamento dell’azione, divenuta un elemento sostanzialmente neutro, costruito sul paradigma storicamente dominante del reato commissivo doloso.

L’intima convinzione, dunque, è che – se ci si concede, *incidenter tantum*, di dispiegare una riflessione più specifica sul punto – l’intera teoria del reato potrebbe essere riletta alla luce di una previa puntuale riconsiderazione della teoria dell’azione che non pretenda di inaridirla, sotto la bandiera di un modernismo tecnicistico ed ‘iper-normativo’, delle sue più connotanti venature.

4. La dimensione normativa e la natura deontico-relazionale dell’omissione

Come si è visto, tuttavia, l’evoluzione della scienza giuridica e la dottrina più avveduta (ben conscia delle implicazioni profonde del problema dell’azione) si sono gradualmente affrancate dalla metodologia della definizione per *genus proximum et differentiam specificum*, evidenziando con maggiore sensibilità giuridica le differenze strutturali tra commissione e omissione (e quelle tra azioni dolose e azioni colpose).

Ciò che emerge, dunque, dal reato omissivo epurato dalle astruse costruzioni condotte *per relationem* sul corrispettivo reato attivo, è la sua dimensione (o se si preferisce, la sua natura) spiccatamente normativa¹²⁵.

¹²⁴ Anche nell’ambito di una ricostruzione della complessa e quasi ingovernabile problematica della causalità *lato sensu* intesa, la stessa scomposizione dell’azione ha propiziato l’incedere normativo del codice Rocco rispetto al codice Zanardelli, in quella che è stata definita la nascita per ‘gemmazione’ (G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Padova, 2013) delle due endiadi normative di cui all’ artt. 40-41 (aspetto oggettivo causale) e 42-43 (aspetto soggettivo) quali momenti ricostruttivi del reato, volti a corredare di previsione normativa lo ‘spazio vuoto’ rimasto dalla scissione dell’azione in condotta ed evento.

Su tale aspetto è opportuno indulgiare al fine di evitare di restringere i nuclei concettuali compendati nell'omissione in senso opposto, ma parimenti parziale, rispetto al filone che pretendeva di spiegare l'omissione sulla semplice base del dato naturalistico elidendo completamente quello normativo.

Affermare la natura squisitamente normativa dell'omissione non significa tracciare una semplicistica (e fuorviante) linea di demarcazione secca tra piano naturalistico e piano normativo dell'omissione (e analogamente dicasi per la colpa), quasi che i due momenti fossero completamente impermeabili tra loro. Al contrario chi scrive è convinto che dalla riconosciuta esistenza di una dimensione eminentemente normativa dell'omissione non possa derivare una completa svalutazione del momento ontologico-naturalistico, il quale assurge a elemento di completamento della struttura dell'omissione, pur senza esaurirla. L'omissione, in altri termini, non smette di essere un'entità reale (sul piano per l'appunto della 'realtà') per il sol fatto che essa difetti di diretta 'fisicità'¹²⁶.

A ben vedere, se il piano della ricostruzione ontologica dell'omissione cede il passo al problema dell'imputazione penale dell'omissione, il primo elemento dell'indagine ricostruttiva si incentra sulla condotta tenuta dall'agente in luogo di quella doverosa¹²⁷.

Del resto la dimensione normativa implica un giudizio di carattere valutativo – nutrito, nell'omissione, di componenti relazionali – che deve pur sempre basarsi su di un oggetto, il quale, nel difetto di fisicità diretta dell'omissione, non può che essere rappresentato dal raffronto tra “come sono

¹²⁵ Tanto che A. PALIERO, *La causalità dell'omissione* in *Riv. med. leg.*, 1992, 828, legge nel <<surplus di normatività>> del reato omissivo (colposo) una pericolosa adiacenza di nuclei normativi, tale da poter ingenerare indebite sovrapposizioni tra versante oggettivo e versante soggettivo del reato.

¹²⁶ Cfr. A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988, 163 e ss. per la distinzione tra i temi della realtà e della fisicità dell'omissione. Cfr. anche M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.

¹²⁷ A. MASSARI, *La colpa* cit. p. 6.

andate le cose” (oggetto di valutazione) e “come le cose dovevano andare” (parametro ipotetico-normativo)¹²⁸.

Il termine ‘normativo’ infatti non deve andar letto nell’accezione di recisa contrapposizione rispetto al dato ontologico e con esso in contraddizione necessaria, bensì quale predicato impiegato per identificare la tecnica di descrizione della fattispecie¹²⁹ funzionale ad esplicitare come l’omissione (in modo non dissimile dalla colpa) sia un concetto di relazione¹³⁰.

Ciò implica che il comportamento penalmente rilevante potrà essere individuato solo mediante un raffronto con quello divisato nella norma che si assume violata. E tale funzione tipizzante, nell’omissione (ed in special modo nell’omissione c.d. impropria), è svolta dalla pre-determinazione dell’obbligo giuridico di impedire l’evento, sul quale si innesterà, in veste modale e sotto il profilo della colpa, la creazione della regola di diligenza.

Pertanto nel reato omissivo, ed in specie nel reato omissivo colposo, la normatività che ammantava la fattispecie si individua attraverso la descrizione di modelli astratti di comportamento, prescrittivi non solo in ordine all’*an* dell’azione (obbligo giuridico di impedire l’evento) ma anche in ordine al *quomodo* di essa (regole di diligenza o regole cautelari), imponendosi dunque un continuo raffronto tra il piano deontico del ‘doveroso in quanto possibile’ e quello ontologico della ‘scelta attuale e concreta dell’agente’.

Tutto ciò risponde peraltro ai fondamentali principi di responsabilità per fatto proprio - prima ancora che di responsabilità per fatto proprio colpevole - e di

¹²⁸ Cfr. L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato* cit., 39 e ss., laddove, in una chiave più generale, l’Autore afferma: <<lo strato dell’essere e quello del dover essere, il naturalistico ed il normativo, costituiscono due entità contrapposte [...] la realtà, dal canto suo, prima ancora di essere valutata è innanzitutto realtà, rimanendo tale anche dopo la valutazione>>.

¹²⁹ Superabile sembra la critica mossa da H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1934 (ristampa 2000), secondo il quale tutti gli elementi della fattispecie sarebbero normativi in quanto irrilevanti se non inquadrati in una norma dell’ordinamento e nello specifico volto con il quale vengono in tal norma inseriti. Nota infatti puntualmente M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000, 143, che anche volendosi ammettere che tutti gli elementi della fattispecie presentino carattere normativo, è innegabile che alcuni di essi, nutrendosi di qualifiche derivanti da norme diverse da quella incriminatrice, si presentino come doppiamente normativi.

¹³⁰ Cfr. A. MASSARI, *La colpa*, cit. 7 e ss.

determinatezza (quale declinazione della legalità) della fattispecie, i quale - nel reato omissivo - stanno e cadono insieme al grado di predeterminazione e riconoscibilità dell'obbligo giuridico di impedire l'evento.

Proprio su questo piano, dunque, emerge il carattere deontico-relazionale dell'omissione: il suffisso deverbale (-ibile)¹³¹ dei predicati caratteristici dell'omissione (così come della colpa) "prevedibile", "evitabile", "esigibile", evidenzia chiaramente come la condotta omissiva concretamente serbata (corredata da tutte le "descrizioni d'azione" che la connotano specificamente) assuma rilievo penalistico in tanto in quanto venga posta a confronto con il modello di comportamento individuato, in modo altrettanto preciso sotto il profilo della descrizione della fattispecie, nell'afflato che astringe, tramite l'innesto di cui all'art. 40 cpv cp., la norma incriminatrice alla norma che impone l'obbligo giuridico di impedire l'evento.

E' evidente infatti che quanto più fumoso e generalizzante si presenti il modello di raffronto sul piano normativo, tanto più i principi costituzionali sopra citati subiranno una distorsione a favore di a-tecnici intuizionismi del giudice, gravato - a cagione del proprio magistero - dall'onere di indentificare quel punto di equilibrio tra il 'dovuto' ed il 'giusto' che sarebbe spettato al legislatore tipizzare nella norma.

Tutto ciò riporta al problema dell'equivalenza tra azione ed omissione, divisata - restringendo lo specifico oggetto di indagine al reato omissivo improprio - nell'art. 40 cpv. c.p. sulla cui struttura ci si soffermerà specificamente dopo aver posto la linea di demarcazione tra omissione propria e omissione impropria.

¹³¹ Lo stesso argomento terminologico viene utilizzato dal A. MASSARI, *La colpa*, cit., 29.

5. *Reati omissivi propri e reati omissivi impropri*

Il reato omissivo viene tradizionalmente distinto in due sottocategorie¹³², rispettivamente definite reati omissivi propri (o di mera omissione) e reati omissivi impropri (o commissivi mediante omissione¹³³). Tale bipartizione, seppur molto diffusa e radicata nel tempo, tutt'oggi non trova piena convergenza di vedute circa i criteri da utilizzare per tracciarla¹³⁴.

Il criterio al quale si è più adusi nella dottrina ricalca quello che preside alla distinzione, su di un piano più generale, tra reati di mera condotta e reati di evento¹³⁵. Sarebbero, in forza di tale criterio, da definirsi omissivi propri, quei reati che si esauriscono, in base alla previsione normativa, nel mero mancato compimento dell'azione doverosa in quanto tale, a prescindere dalla verifica o meno dell'evento (verificazione che, semmai, costituirà circostanza aggravante). Tipico esempio è dato dal delitto di omissione di soccorso (art. 593 c.p.) il quale viene a consumarsi con la semplice mancanza del contegno oggetto del comando al sussistere della situazione scatenante (attivarsi avvertendo l'autorità competente o prestare soccorso secondo i casi, in presenza di una situazione di pericolo tra quelle rientranti nell'area significativa della norma).

¹³² Cfr. M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario*, cit., 123 e ss.

¹³³ Tale dizione tradizionale, del resto, evidenzia ancora una volta come tale categoria tipologica del reato omissivo, anche in forza della sua creazione per "innesto" o per "assimilazione" (F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omissivo impedimento dell'evento*, Padova, 1975) rispetto ad una fattispecie tipizzata in forma commissiva, sia tributaria di una certa metodologia di indagine che procede alla trasposizione dei paradigmi propri del reato commissivo a quello omissivo.

¹³⁴ Cfr. A. CADOPPI, *La distinzione tra reato omissivo proprio e improprio, Rilievi critici*, in *Studi Parmensi*, XXXVI, 1984, 5 e ss.; G. FIANDACA, voce <<omissione>> cit., 548 e 549.

¹³⁵ Non è questa la sede per indugiare sul concetto di evento, riproponendo la nota dicotomia dottrinale tra chi sostiene che si parli di evento in senso naturalistico e chi in senso giuridico (quale offesa al bene tutelato), derivandone, per i sostenitori della seconda opzione ermeneutica la sostanziale insussistenza di reati di mera condotta. Sul significato di evento nel diritto penale la letteratura è vastissima; basti qui ricordare, per tutti, F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento*, Soc. An. Istituto editoriale scientifico, 1928, 73 e ss. (cui risale proprio la distinzione tra evento naturalistico ed evento giuridico); F. ANTOLISEI, *La disputa sull'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 3 e ss.; I. CARRACCIOLI, voce <<evento>>, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, 1 e ss.; E. MORSELLI, *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1081 e ss.

Omissivi impropri, invece, sarebbero quei reati che, non esaurendosi completamente nel mancato serbare il contegno doveroso, postulano il verificarsi dell'evento lesivo che si aveva l'obbligo giuridico di impedire in forza dell'art. 40 cpv c.p.

L'evento lesivo, in tal caso, rappresentando lo specifico momento nel quale si concretizza la lesione al bene al giuridico tutelato dalla norma incriminatrice, per poter essere ascritto (sul piano oggettivo) all'agente (*recte*: al soggetto che avrebbe dovuto attivarsi in un certo modo in forza di un obbligo giuridico predeterminato sul medesimo incombente) rispettando il canone costituzionale della responsabilità per fatto proprio, postula la necessità di poter essere eziologicamente ricollegato proprio all'inerzia indebitamente serbata¹³⁶.

Inoltre l'evento (non impedito e, pertanto) realizzatosi deve corrispondere ad un evento tipico rientrante in una fattispecie commissiva di base causalmente orientata¹³⁷.

L'esempio più emblematico ed utilizzato nella manualistica è rappresentato dal delitto di omicidio. L'evento morte è stato tipizzato dal legislatore all'art. 575 c.p. in funzione della idoneità a dispiegare una positiva efficacia causale (<<cagionare la morte di un uomo>>). Tuttavia, proprio <<la

¹³⁶ Emerge in tal modo, come a breve si dirà, il problema che costituisce una specifica filigrana di tutto il presente lavoro: la difficile relazione causale del reato omissivo improprio con l'evento verificatosi, sia sotto il profilo statico-dogmatico, sia sotto il profilo (a ragione o a torto, oramai strettamente intrecciato) dinamico-processuale.

¹³⁷ Sulla compatibilità del reato omissivo improprio esclusivamente con fattispecie causalmente orientate, si ricorda, su tutti, P. NUVOLONE, *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. Pen.*, 1982, 433 e ss. Il celebre studioso, nel condurre un'analisi comparata tra art. 40 co. 2 del codice Rocco e § 13 dello StGB, afferma: <<sembra che, in omaggio al principio di legalità e tassatività si discenda ad un'ulteriore precisazione: la corrispondenza tra fattispecie legale omissiva e fattispecie legale attiva. Ma, in realtà, questa corrispondenza, o vi è tutte le volte in cui l'omissione costituisce violazione di un obbligo giuridico di impedire l'evento [...] o vuol significare una perfetta coincidenza. E in tal caso si tratta di norma applicabile solo nelle ipotesi in cui la condotta, nella fattispecie legale, sia descritta con un verbo neutro, suscettibile di comprendere sia un'azione sia un'omissione. Ora a nostro avviso l'unico caso di verbo neutro, comprensivo di una condotta attiva ed omissiva, si riscontra nella fattispecie a causalità aperta, in cui la condotta è appunto tipizzata col verbo "causare" o "cagionare">>. Sul punto si tornerà nel paragrafo 6.

clausola di integrazione>>¹³⁸ costituita dall'art. 40 co. 2 c.p. ("non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire **equivale**¹³⁹ a cagionarlo), assimila¹⁴⁰ il cagionare ed il non impedire l'evento lesivo che si ha l'obbligo giuridico di scongiurare.

Ciò comporta, è palese, un'estensione della punibilità posto che l'originaria fattispecie commissiva (o di causazione positiva dell'evento) diviene <<suscettiva di essere convertita in una corrispondente fattispecie di mancato impedimento dell'evento medesimo, sempre che sussista in capo al soggetto uno specifico obbligo giuridico di agire a contenuto impeditivo>>¹⁴¹.

In definitiva il reato omissivo improprio nasce attraverso l'opera di integrazione derivante dal combinato disposto della norma di parte speciale che configura il reato commissivo convertibile e della clausola generale di equivalenza divisata nell'art. 40, comma 2, c.p. al fine di evitare eccessive frizioni con il principio di legalità¹⁴².

Tutto ciò rende peraltro ragione del motivo per il quale il reato omissivo improprio viene definito tradizionalmente come reato commissivo mediante omissione: si vuole indicare che la fattispecie nasce tipizzata dal legislatore come condotta di contegno attivo causativa di un evento, ma che può, per sua struttura, divenire integrabile anche mediante un contegno di carattere omissivo.

¹³⁸ A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia*, in *Commentario sistematico al codice penale*, M. RONCO (a cura di), Bologna, 2011, 288.

¹³⁹ Per l'appunto "equivale", non "si identifica"; ciò significa che l'equivalenza (dispiegantesi sul piano normativo) sussisterà solo al ricorrere di determinate condizioni, normativamente individuate: *in primis*, la presenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento.

¹⁴⁰ L'espressione è di F. SGUBBI, *Responsabilità penale* cit., 2, 26, 47-48, 82. Sul punto si veda più diffusamente *infra* al paragrafo successivo.

¹⁴¹ G. FIANDACA, voce <<Omissione>> cit., 548.

¹⁴² Frizioni che, se è pur vero venir attenuate attraverso l'inserimento di una norma di parte generale rispetto a realtà giuridiche (quali quelle di area anglo-americana) che ammettono la rilevanza della condotta omissiva *praeter legem*, non risolve completamente il problema, lasciando pur sempre aperta la strada a distorsioni nell'affidare all'interprete la selezione delle situazioni di obbligo giuridico di impedire l'evento (o, se si preferisce, l'individuazione delle posizioni di garanzia e la loro latitudine), finendo così per tradire il corollario applicativo della legalità: la tipicità.

Va tuttavia precisato che il codice Rocco – ed anche la legislazione di parte speciale – prevede una molteplicità di fattispecie tipizzate in modo compatibile con la realizzazione omissiva senza alcun bisogno di avvalersi del ‘ponte’ di cui all’art. 40 cpv c.p. In tali ipotesi (si pensi ad esempio agli artt. 659 e 450 c.p.) è la stessa norma di parte speciale ad assimilare - presupponendo un identico disvalore d’azione - la condotta attiva e quella omissiva, incentrandosi il nucleo offensivo della norma incriminatrice sul verificarsi dell’evento eziologicamente connesso alla condotta (attiva od omissiva che sia). In tal caso, così come nei reati omissivi propri, risulta dunque evidente l’inutilità di riferirsi alla clausola di equivalenza di cui all’art. 40 cpv c.p., con la conseguenza che non ogni omissione passerebbe necessariamente per detta norma.

Tale constatazione, facendo leva sull’aridità distintiva del tradizionale criterio imperniato sulla presenza di un evento naturalistico nella struttura del reato, offre l’abbrivio ad autorevole dottrina¹⁴³ per proporre una classificazione basata (invece) sulla tecnica di tipizzazione legislativa. Con la conseguenza che solamente i reati carenti di un’espressa formulazione tipizzata ed edificati mediante la combinazione tra fattispecie attiva e art. 40 comma 2 c.p. sarebbero definibili propriamente - ci si perdoni il gioco di parole - impropri.

Tale scelta classificatoria – al netto di un’adesione o meno alla stessa – ha il pregio di porre in risalto la specifica trama problematica del reato omissivo improprio quale figura criminosa in stridente frizione con i principi di legalità e tipicità, pur essendo volta – se letta in chiave costituzionale – a dar risposta alle post-moderne istanze solidaristiche.

Proprio questa sua natura di ‘punto di equilibrio’ (un difficile punto di equilibrio) tra istanze contrastanti, ponendosi quali sintesi normativa capace di catalizzare la tensione tra l’esigenza di individuare delle posizioni di garanzia onde offrire a importanti beni giuridici una tutela rafforzata (o per certi versi anticipata) da un alto, e la necessità di individuare con chiarezza e determinatezza le condizioni in forza delle quali non impedire un evento equivale a cagionarlo,

¹⁴³ G. FIANDACA, voce <<Omissione>> cit., 548.

dall'altro, fa del reato omissivo improprio un punto d'indagine cruciale per la ricerca che si intende condurre nel presente lavoro.

E' solo comprendendo appiano la struttura dell'omissione impropria, infatti, che potrà poi riflettersi sull'intreccio costante che, in fase di accertamento, la medesima presenta con i temi della colpa e della causalità. Del resto i maggiori problemi, sia dogmatici che epistemologici, si consumano proprio sul terreno della causalità della colpa, laddove le componenti normativo-negative che intrinsecamente la connotano, si nascondono 'camaleonticamente' tra le pieghe delle componenti normativo-negative della condotta.

La corretta – o almeno quella che si ritiene tale – impostazione del problema richiede dunque di concentrarsi non tanto sul reato omissivo proprio¹⁴⁴ quanto sul reato omissivo improprio, il quale presenta una struttura certamente più complessa, ma, come detto, maggiormente funzionale al piano d'indagine prefittosi.

6. *La struttura normativa del reato omissivo improprio*

L'art. 40 cpv c.p., sancendo che “non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo”, viene a creare, mediante la combinazione con una fattispecie di parte speciale, una nuova fattispecie omissiva, la cui *tipicità*, più che essere estesa, risulta indipendente rispetto a quella originaria. La tecnica di incriminazione seguita dal legislatore sembra del tutto analoga a quella prevista in tema di concorso (eventuale) di persone nel reato, laddove la fattispecie plurisoggettiva trae origine dalla combinazione tra

¹⁴⁴ Sul quale non può che rinviarsi alle trattazioni che specificamente si occupano dell'omissione. Per tutti si vedano A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico criminali*, II, *Profili dogmatici, comparatistica e de lege ferenda*, Padova, 1988, al quale si rinvia anche per l'ampia bibliografia in tema; GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; M. ROMANO, *Commentario cit.*; G. FIANDACA, voce <<omissione>> cit., 553; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Vol. I, Bologna, 2007, 586 e ss.; F. GRISPIGNI, *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, 16 e ss.; si veda anche ID., *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 3 e ss.; ID., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano, 1947; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, 129;

una fattispecie monosoggettiva e la clausola di cui all'art. 110 c.p. Ed analogamente a come si è disvelata la fallacia della pretesa di costruire la teoria del concorso di persone nel reato attraverso una semplicistica e meccanica trasposizione degli schemi propri del reato monosoggettivo¹⁴⁵, così anche la ricostruzione dell'omissione impropria deve ribadire l'autonomia sistematica del reato omissivo improprio rispetto a quello commissivo. Ciò spiega, del resto, la ragione per la quale si è in precedenza parlato di "assimilazione" della fattispecie omissiva a quella commissiva: si tratta di un procedimento ermeneutico la cui legittimazione trova cittadinanza nel sistema penalistico attuale proprio in virtù dell'art. 40 comma 2 c.p., attraverso il quale una fattispecie tipizzata dal legislatore in termini naturalistici, viene interpretativamente affiancata ad un'altra, impostata in termini normativi, rimanendo come elemento comune di entrambe solamente l'evento (naturalistico, seguendo tale impostazione) verificatosi¹⁴⁶.

Quanto invece alla condotta omissiva, la sua identificazione ruota tutta intorno alla completa delineazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, cioè a quella condizione al cui solo sussistere l'omettere un certo contegno equivale al cagionare attivo - nel senso di innescare dei dinamismi eziologici dominabili che conducono all'evento -. E la stessa peculiarità della condotta pone il complesso problema di creare un parallelo tra il nesso che connette l'evento ed il contegno attivo, da un lato, ed il nesso, tutto normativo, che lega il medesimo evento ad un '*non facere*', dall'altro. Ciò rende ragione del perché autorevole dottrina, nei reati omissivi impropri, parli di "equivalente tipico della causalità": affidando proprio alla connessione causale il ruolo di filtro selettivo individuante la tipicità nei reati commissivi, tale ruolo di filtro verrebbe svolto, nei reati omissivi, dalla situazione di garanzia¹⁴⁷.

Va tuttavia evidenziato che, a ben vedere, tale impostazione regge solamente prendendo a paradigma il reato commissivo doloso, poiché nei reati

¹⁴⁵ Cfr. M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1960, 7 e ss. e ID., *Appunti di diritto penale*, Vol. III, Torino, 2003, 135 e ss.

¹⁴⁶ Cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale cit.*, 82.

¹⁴⁷ Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio cit.*, 116 e ss.

colposi – attivi od omissivi che siano – la tipicità criminosa viene delineata non solamente dalla connessione eziologica tra l'azione o la 'mancata risposta alla posizione di garanzia' e l'evento, ma anche dalla connessione eziologica (che, si ritiene, almeno epistemologicamente identica) tra la regola - modale - di diligenza disattesa e l'evento stesso.

Tale osservazione disvela – in ultima analisi – il cuore del problema dell'intera ricerca: la possibile sovrapposizione tra l'obbligo di garanzia (quale filtro di tipicità dell'omissione impropria) e quello di diligenza (che nutre, senza esaurirla, la tipicità colposa) nel reato omissivo improprio colposo impone di domandarsi se l'uno si risolva nell'altro o se vi sia una qualche utilità nel tenere separati e distinti, almeno in una struttura concettuale, i due aspetti per poi ricomporli nel considerare il reato come entità *intera*¹⁴⁸, rifuggendosi visioni atomistiche eccessivamente parcellizzate dell'illecito penale¹⁴⁹.

Quanto detto evidenzia come l'imprescindibile punto di partenza stia proprio nell'individuazione precisa (e pertanto nella riconoscibilità) dell'obbligo giuridico di impedire l'evento quale perno della norma precettiva (da arricchire e completare con la regola modale di diligenza) nell'omissione impropria (colposa).

E' infatti ben vero che la coscienza sociale percepisce, ormai da tempo e in svariate ipotesi, la sostanziale identità di disvalore morale¹⁵⁰ tra l'attiva

¹⁴⁸ Ovverosia come entità che non si esaurisce nella semplice somma delle parti, ma necessita di una considerazione globale che quelle parti irradi e renda intellegibili nelle indissolubili connessioni che le astringono.

¹⁴⁹ Si presenta critico sulla contrapposizione tra oggettivo e soggettivo L. CORNIACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, secondo il quale anzi si tratterebbe di una dicotomia da superare in vista di una migliore ricostruzione sistematica del reato.

¹⁵⁰ Sembra interessante e, per certi versi, davvero paradigmatico ricordare come storicamente, nella lunga parabola socio-giuridica che portò alla consapevole emancipazione del diritto penale rispetto all'etica e alla morale (momento che si potrebbe convenzionalmente individuare in concomitanza al poderoso lavoro di TIBERIO DECIANI, il *Tractatus Criminalis* del 1592), nel momento in cui *delictum* e *peccatum* erano ancora sovrapposti quasi in un rapporto di *species* a *genus*), un grande pensatore quale S. TOMMASO D'AQUINO, si pose il problema di individuare a quali condizioni un'omissione in sé e per sé considerata, a prescindere da un'azione contraria positiva (il che riecheggia la disputa squisitamente giuridica sull' '*alud facere*') potesse definirsi in contrasto con i canoni morali: <<il problema nasce soprattutto per il peccato di omissione, a proposito del quale ci sono diverse opinioni. Alcuni dicono che in ogni peccato di omissione c'è un atto, o interno o esterno [...] altri invece affermano che nel peccato di omissione non si richiede

causazione di un evento lesivo ed il mancato impedimento di esso (si pensi al noto ed oramai consumato esempio della madre che lasci morire il figlio neonato negandogli le cure fondamentali e necessarie ovvero che lo avveleni). Ma è altrettanto vero che il piano della morale e dell'etica non può venir in gioco in

alcun atto; perché lo stesso non fare ciò che uno è tenuto a fare è già un peccato. Ora, nell'una e nell'altra opinione c'è qualcosa di vero. Infatti se nel peccato di omissione si considera solo ciò che costituisce direttamente la ragione di peccato, talora il peccato di omissione implica un atto interno o esterno [...] Se viceversa nel peccato di omissione si considerano anche le cause o le occasioni dell'omissione stessa, allora è necessario che in ogni peccato di questo genere ci sia un atto. Non si dà infatti un peccato di omissione se uno tralascia ciò che è in grado di fare o di non fare. Ora, tale astensione non avviene senza una causa o un'occasione concomitante o precedente. E se tale causa non è in potere dell'interessato, l'omissione non ha natura di peccato: come quando uno (tra)lascia di andare in chiesa per malattia. L'omissione invece è peccaminosa se la causa o l'occasione di tralasciare dipende dalla volontà: e allora è necessario che tale causa, in quanto volontaria, sia sempre sia sempre accompagnata da un atto, almeno da un atto interiore della volontà.

Ora codesto atto qualche volta investe direttamente l'omissione stessa...E allora tale atto appartiene essenzialmente (per se) all'omissione [...] Altre volte l'atto della volontà investe direttamente la cosa che distoglie dal compiere l'azione dovuta: sia essa concomitante all'omissione, come quando uno vuole giocare nel momento in cui ha il dovere di andare in chiesa, sia essa precedente, come quando uno vuole vegliare a lungo la sera, dal che consegue il non andare in chiesa al mattino. E allora questo atto interno o esterno è solo accidentale all'omissione [...] e noi denominiamo accidentale solo ciò che esula dall'intenzione, come dimostra Aristotele (Phys. 2,5). [...] Ora bisogna giudicare le cose dagli elementi per se (o essenziali), non già dagli elementi per accidentes. Quindi è più esatto affermare che un può esistere senza nessun atto. Altrimenti bisognerebbe considerare essenziali gli atti e le azioni concomitanti anche per gli altri peccati (di omissione) [...] Si dice che una cosa è volontaria non solo perché su di essa cade l'atto volontà, ma anche per il sol fatto che è in nostro potere far sì che avvenga o che non avvenga, come spiega Aristotele (Ethic. 3,5). Per cui può dirsi volontario anche lo stesso lo non volere, in quanto è in potere dell'uomo volere e non volere>> e prosegue: <<l'omissione viene concepita solo in rapporto a un bene dovuto, che uno dei ha l'obbligo di compiere, Ma nessuno è tenuto all'impossibile. Per cui nessuno commette peccato di omissione, se non fa quello che può che non può fare>>. (*Somma Teologica*, Vol. II, Bologna, Ed. 1996, rispettivamente *Prima secundae* e *secunda Secundae*, Questione 71 e 79, art. 5 - 3, pp. 545-546; 605 – 606). E' evidente che nella esposta questione, l'aquinata – certo sotto profili volti a conseguire finalità diverse – evidenzia due punti comunque fondamentali per la comprensione di un'omissione rilevante (sia dal punto di vista morale che penale): deve esservi un dovere di agire con una condotta attiva incompatibile con quella concretamente serbata; deve essere in potere del soggetto al quale viene richiesta una certa condotta, serbare la condotta stessa, essendo impossibile muovere rimprovero alcuno contro colui che non possa (indipendentemente dal dispiego della volontà in modo contrario o indifferente rispetto al bene che si vuole conseguire con quell'azione) agire diversamente o, più latamente, avere un qualche potere di signoria sui dinamismi che connotano la sua stessa omissione.

Così come nel mondo del diritto anche nel campo della morale l'omissione impone una costante dialettica tra il piano della realtà fattuale e quello deontico del dovere e della possibilità di fare ciò che il dovere impone. Come vedremo, poi, il mondo giuridico richiede un ulteriore momento di accertamento, direttamente derivante dai principi di offensività, di materialità e di autorità personale colpevole: la possibilità di scongiurare la lesione effettivamente verificatasi al bene protetto mediante la condotta doverosa.

questa fase (Manzini) bensì solamente in un momento antecedente, quello della creazione legislativa dell'obbligo giuridico di scongiurare l'evento: pertanto il problema di politica-criminale (ancor prima che dogmatico) che si pone è quello di individuare le condizioni alle quali il non impedire equivale a cagionare. Problema che, come visto in precedenza, viene risolto dal legislatore attraverso la clausola di cui all'art. 40 comma 2 c.p. imperniando la tenuta del principio di legalità - nella sua accezione di determinatezza prima e di tassatività poi - sull'esatta individuazione della posizione di garanzia.

In primis, dunque, si deve circoscrivere l'area di pratica operatività della clausola di equivalenza, per poi passare alla predeterminazione della fonte dell'obbligo di impedire l'evento.

6.1. L'area operativa dell'art. 40 cpv. c.p.

Al riguardo si può evidenziare una sostanziale unanimità in dottrina¹⁵¹ nel circoscrivere l'operatività della c.d. clausola di equivalenza ai reati di evento causalmente orientati (o a forma libera), escludendo che vi rientrino quelli di mera condotta e quelli c.d. di mano propria. Maggiori discussioni si annidano, invece, intorno alle categorie classificatorie dei reati abituali o dei reati a forma vincolata.

Paradigmatico della prima tipologia sembra il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi di cui all'art. 572 c.p. (recentemente riformato); della seconda il delitto di truffa così come strutturato dall'art. 640 c.p.

Non essendo questa la sede per approfondire il problema, ci si limita ad alcune osservazioni funzionali alla prosecuzione dell'indagine di interesse nel presente lavoro.

¹⁵¹ Si vedano, senza pretesa di esaustività, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, 2014, 626 e ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 38 ne ss.; F. GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano*, II, Milano, 1947, 47; G. GRASSO, *Il reato cit.*, 137; I. LEONCINI, *Obbligo cit.*, 278, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2003 (agg. Da CONTI), 264; M. ROMANO, *Commentario cit.*; A. BOIDO, *Le posizioni cit.*, in *Commentario cit.* M. RONCO (a cura di), 136 e ss..

Basti pertanto osservare, su di un piano generale ed avendo per presupposto la realizzazione monosoggettiva del reato, che nel caso dei ‘maltrattamenti in famiglia’¹⁵² (si usa la vecchia dizione per comodità) la strutturazione legislativa si presenta già compatibile con una concretizzazione omissiva senza doversi per forza chiamare in causa la clausola di equivalenza di cui all’art. 40 cpv. c.p.¹⁵³

Per quanto concerne i reati a condotta vincolata, invece, pare difficile ammettere la compatibilità di una realizzazione in forma omissiva attraverso l’art. 40 cpv. c.p. posto che una simile soluzione ermeneutica finirebbe per obliterare surrettiziamente una scelta di selezione delle modalità di realizzazione dell’evento (dannoso o pericoloso da cui dipende l’esistenza del reato) che dovrebbe rimanere di esclusiva competenza del legislatore a meno di non voler contrastare apertamente con il principio di stretta legalità: nel diritto penale, ed in quello della post- modernità in specie, le modalità di condotta connotano sempre più la cifra di disvalore della lesione al bene giuridico che viene a tradursi nel precipitato dispositivo della norma incriminatrice, sicché laddove il legislatore sancisca la punibilità di un determinato contegno solamente laddove esso conduca all’evento secondo certe modalità, è necessario valutare la compatibilità di tali modalità con la condotta omissiva, ma, anche in tal caso, senza scomodare la regola d’equivalenza di cui all’art. 40, comma 2, c.p.

E’ noto che autorevole dottrina, in contrasto con un orientamento giurisprudenziale consolidato, nega la configurabilità del delitto di truffa in forma omissiva con una serie di argomenti molto suggestivi, tradizionali e radicati proprio sull’impossibilità di trasformare la truffa - evidentemente scolpita quale reato a condotta vincolata - in reato a forma libera¹⁵⁴. Tuttavia si ritiene che, pur

¹⁵² Si vedano le note critiche di T. VITTARELLI, *Maltrattamenti mediante omissione?* In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 179 e ss; F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 263; sulla fattispecie si veda E. M. AMBROSETTI – G. COCCO, *Diritto Penale. Parte Speciale. I reati contro la persona*, Padova, 2010.

¹⁵³ Cfr. M. ROMANO, Art. 40, *Commentario sistematico*, cit., 381.

¹⁵⁴ Per tutti si veda G. FIANDACA, voce <<Omissione>> cit; ID. *Il reato omissivo* cit., 36. Si pensi all’etimologia del lemma artificio, la quale rinvia immediatamente ad un *facere* attivo; o ancora

essendo certamente incompatibile la struttura della truffa con quella del reato omissivo improprio, ciò che deve essere considerato per risolvere il problema è se sia possibile identificare un certo tipo di silenzio “maliziosamente serbato” con un artificio. E la risposta, come è evidente, non ha nulla a che fare con il reato omissivo improprio, bensì con la ‘predisposizione’ della fattispecie di parte speciale, così come disegnata dal legislatore, ad essere integrata anche in forma omissiva.

Per contro, come già sopra si anticipava, solamente le fattispecie idonee ad essere perpetrate esclusivamente in forma commissiva potranno dar vita alla corrispondente fattispecie omissiva impropria per il tramite della clausola d’equivalenza. Ne deriva che l’area operativa così individuata finisce per coincidere con quella dei reati d’evento (naturalistico¹⁵⁵) a forma libera (o causali puri¹⁵⁶).

Va effettuata però un’ulteriore precisazione sul punto. L’inserimento della clausola di equivalenza sul terreno topografico della causalità (art. 40 c.p.), offre una peculiare indicazione: se è ben vero – come si è anzidetto – che a conferire tipicità alla condotta omissiva impropria è l’individuazione dell’obbligo giuridico di agire (la posizione di garanzia), non è meno vero che la struttura causale

alla *mise en scene* di F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Vol. IV, Firenze, Fratelli Cammelli, 1904, 517-520.

¹⁵⁵ Cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Parte I*, cit., 86 e 87: <<i>i reati causalmente orientati non sono necessariamente ad evento naturalistico: esistono in effetti anche reati di mera condotta causalmente orientati, come talune fattispecie di “attentato” [...] >>>.

¹⁵⁶ Al riguardo va dato conto di un indirizzo - non prevalente in dottrina ma certamente pregevole nell’intento di restringere l’area della responsabilità penale omissiva impropria - che ritiene possa in via ermeneutica assottigliarsi ancor più il novero dei reati suscettibili di assimilazione in forma omissiva in forza dell’art. 40, comma 2, c.p. (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Dir. Pen.* cit, 628, 629): in particolare sottolinea l’Autore che la costruzione normativa di ‘garanti’ che debbano rispondere penalmente per non aver impedito un certo evento in tanto ha senso nel nostro ordinamento in quanto siffatta costruzione sia volta a tutelare beni dotati di particolare rilevanza, con la conseguenza che sussisterebbe una certa difficoltà ad estendere l’operatività della clausola di equivalenza ai reati contro il patrimonio. Tuttavia è lo stesso Autore a riconoscere che, pur sul terreno degli interessi/beni patrimoniali, siffatta interpretazione potrebbe essere eccessivamente riduttiva in relazione ad esigenze di tutela affioranti in certi settori particolarmente delicati – *in primis* la tutela di beni economici di natura collettiva – concludendo per la configurabilità di un reato omissivo improprio in capo ai vertici degli organi societari per reati afferenti la *governance* societaria. Una visione ancor più restrittiva si rinviene, inoltre, in F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, V, 620.

dell'omissione (sulla quale si veda specificamente il Cap. III) denota l'incentrarsi del disvalore della fattispecie sulla verifica dell'evento a prescindere dalle specifiche modalità del dinamismo eziologico "reale" (per chi ami il termine)¹⁵⁷.

In altre parole, ciò che risulta essenziale per l'applicabilità dell'art. 40 cpv. c.p. è che nella causazione dell'evento <<si esaurisca l'intero disvalore della fattispecie attiva, poiché il processo di assimilazione previsto nella norma in esame integra per equivalente il rapporto di causalità, ma non anche la tipicità della condotta>>¹⁵⁸.

6.2. L'obbligo giuridico di impedire l'evento: l'individuazione della posizione di garanzia

Appurato e così delimitato il campo di applicazione dell'art. 40 cpv. c.p. è ora necessario indugiare sull'elemento performativo dell'omissione impropria: l'individuazione dell'obbligo giuridico di agire quale momento normativo-relazionale dell'omissione.

Non si deve perdere di vista, infatti, che il senso profondo di questa ricostruzione in tema di omissione impropria si rende funzionale a meglio esplicitare le ragioni per le quali la giurisprudenza e una parte della dottrina tendano a sovrapporre il piano della colpa con quello della causalità, giungendo in alcune recenti proposte estreme a prospettare una sorta di morte della causalità omissiva e di una sua trasfigurazione nella colpa¹⁵⁹, addivenendo a quella che M. Donini, con critica molto aspra, definirà una forma di imputazione a titolo di colpa senza causalità¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Cfr. sul punto, in modo analogo anche se non del tutto sovrapponibile, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 628.

¹⁵⁸ A. BOIDO, *Le posizioni di garanzia* cit., in *Commentario* cit., M. RONCO (a cura di), 294 e ss.

¹⁵⁹ Cfr. F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. causalità omissiva in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 e ss.

¹⁶⁰ Cfr. M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (diritto penale), n *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 635 e ss.; ID, *Imputazione oggettiva dell'evento: <<Nesso di rischio>> e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

La condizione alla quale l'omettere equivale causalmente all'agire è la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire quell'evento che, invece, nel concreto, si è verificato per il medio della sua inerzia.

Infatti – come si avrà modo di brevemente vedere nel prossimo paragrafo – la condotta omissiva impropria e la correlativa sottoponibilità a sanzione penale costituisce (*recte*: dovrebbe costituire) un'eccezione rispetto alla punibilità a fronte della causazione attiva dell'evento¹⁶¹; eccezione ammissibile, per l'appunto, solo in presenza di un obbligo giuridico.

E' evidente che allora il fulcro del problema si sposta sull'individuazione dell'obbligo giuridico posto che, all'infuori del connotato della giuridicità, l'art. 40, comma 2, c.p., non offre alcun criterio effettivo, con il risultato di affidare quello che è sostanzialmente un catalogo aperto alla prassi giurisprudenziale e all'attento vaglio dottrinale. Se da un lato ciò comporta l'indubbio vantaggio di permettere alla realtà applicativa l'uso di uno strumento malleabile, capace di offrire tutela ai nuovi interessi e beni emergenti dalla sempre più dirompente evoluzione tecnico-sociale, dall'altro rende ancor più evidente la già evocata frizione con il principio di stretta legalità e, in definitiva, la problematicità per 'l'uomo della strada' nel riconoscere le posizioni di garanzia i cui connotati non siano così immediatamente avvertibili e si caratterizzino per una 'artificialità' normativa tutta post-moderna.

Le principali dispute dottrinali in tema si sono consumate tra i sostenitori della teoria c.d. formale e i fautori della teoria c.d. sostanzialistico-funzionale.

La prima delle richiamate ricostruzioni derivava, invero, da una eco proveniente dalla dottrina europea, espressione del liberismo giuridico classico¹⁶², dominante della prima metà del Novecento, e veniva importata¹⁶³ in un'Italia nella

¹⁶¹ Sia consentito richiamare le parole di John Stuart Mill: <<Rendere chiunque responsabile del male che fa ad altri è la regola; renderlo responsabile del male che non impedisce è, in termini relativi, l'eccezione>> (*Saggio sulle libertà . Le origini del liberalismo contemporaneo*, trad. it. a cura di S. Magistretti, Milano, 2002).

¹⁶² Si veda F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte gen.*, I, Firenze, 1902, §§ 30 e 69.

¹⁶³ Aderiscono a tale teorica, senza pretesa di esaustività, F. ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 26 e ss.; ID., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 121 e

quale - essendo stato fatto dalla magistratura un uso tutto sommato equilibrato della fattispecie omissiva impropria - la dottrina non si era affannata eccessivamente in approfondimenti particolari del tema.

Canone fondamentale della teoria formale era, per l'appunto, l'esigenza che l'obbligo di agire derivasse da una fonte formale, intesa inizialmente in senso restrittivo, ma che andò via via ampliandosi¹⁶⁴, aprendo il catalogo sino ad arrivare (comprendendovi oltre alle leggi ed al contratto, anche la consuetudine, la *negotiorum gestio*, la propria precedente attività pericolosa, financo l'intero sistema¹⁶⁵) ad <<escludere con certezza, in definitiva, la sola rilevanza di meri doveri morali>>¹⁶⁶.

Tuttavia, sulla non indifferente spinta delle suggestioni provenienti d'oltralpe¹⁶⁷, la dottrina italiana ebbe a dimostrare l'insoddisfazione avvertita dinanzi all'incapacità della concezione formale (pura) di esplicitare le ragioni dell'equivalenza divisata nell'art. 40 cpv. c.p.¹⁶⁸

Venne così a delinearsi, negli studi che seguirono, una posizione di stampo sostanzialistico, incentrata sulla funzione della responsabilità per omesso impedimento dell'evento, ovverosia fortemente radicata nell'esigenza solidaristica di una tutela rafforzata in relazione a taluni beni giuridici per il tramite della

ss.; F. GRISPIGNI, *op. ult. cit.*, 30 e ss.; M. SPASARI, *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957, 178 e ss.; G. BETTIOL, *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1982, 290; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 1986, 321 e ss. M. GALLO, *Appunti cit.*, 129.

¹⁶⁴ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale*, cit., 641, i quali ripercorrono il graduale allargamento del concetto di fonte formale dal c.d. 'trifoglio', sino alla *negotiorum gestio*.

¹⁶⁵ Cfr. G. BETTIOL, *op. ult. cit.*, 292.

¹⁶⁶ A. BOIDO, *op. ult. cit.*, 299.

¹⁶⁷ La critica più strenua alla concezione formale deriva da F. SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte*, in *estschrift fur W. Glöeispach*, 1936, 74 e ss. richiamato da G. FIANDACA – E. MUSCO, in *op. ult. cit.*, 642, nota 47. Si veda anche G. GRASSO, *Il reato*, cit., 187.

¹⁶⁸ Per una rassegna degli argomenti critici nei confronti della teoria formale, si rinvia, su tutti a F. SGUBBI, *op. ult. cit.* 115 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, cit., 156; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale* cit., 642; G. FIANDACA, *Il reato omissivo* cit., 86 e ss.

creazione di un'apposita posizione di garanzia, giustificata dall'incapacità da parte del titolare degli stessi beni di proteggerli adeguatamente¹⁶⁹.

Siffatti approcci, va evidenziato, sono stati molteplici; taluni volti a sostituire radicalmente i tradizionali criteri giuridico-formali, altri volti più che altro ad integrare¹⁷⁰ questi ultimi, mediante criteri contenutistici (o sostanziali) desunti dalla specifica funzione attribuibile alla responsabilità omissiva impropria italiana.

Neppure tale teorica, tuttavia, è riuscita ad andare esente da critiche ed a sfuggire al (più o meno consapevole) *empasse* teorico di affidare l'effettiva delimitazione degli obblighi giuridici di impedire l'evento ad opzioni politico-criminali consegnate, in definitiva, ad una non meno ampia discrezionalità dell'interprete: riemergeva in tal modo la costante frizione con il principio di stretta legalità¹⁷¹.

Nondimeno si rendeva (così come si rende tutt'ora) pressante, per la teorica in esame, l'esigenza di individuare nel quadro normativo vigente il fondamento del meccanismo di responsabilità omissiva impropria attraverso le posizioni di garanzia; fondamento che andava ricavato nella necessità di corredare determinati beni, assurti a gradi elevati nella scala valoriale dell'ordinamento, di una tutela rafforzata sul presupposto che il loro titolare 'naturale' non sia in grado di provvedervi adeguatamente.

Sotto questo profilo viene, dunque, ad instaurarsi una profonda connessione tra il soggetto gravato dalla posizione di garanzia ed il bene tutelato. E tale stretto legame finisce per fare dell'obbligo di evitare l'evento, non un mero obbligo incombente sulla generalità dei consociati, bensì un'autentica posizione di

¹⁶⁹ Cfr. A. BOIDO, *op. ult. cit.*, 299 e ss.

¹⁷⁰ Cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit, passim; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen e proc.*, 1999,620 e ss.

¹⁷¹ Ancora una volta si veda per l'esplicitazione delle derive critiche della teoria sostanzialistico-funzionale, G. FINDACA – E. MUSCO, *op. ult. cit.*, 643 e 644, i quali, pur inserendosi nel filone teorico volto a restringere l'operatività delle posizioni di garanzia su di una base sostanziale, finiscono per auspicare un intervento legislativo che addivenga alla tipizzazione formale delle posizioni di garanzia quale perno centrale attorno a cui ruota la fattispecie omissiva impropria.

garanzia che grava esclusivamente su determinati soggetti, proprio in funzione del particolare legame che li astringe al bene da tutelare.

In definitiva, si vengono a ricalcare i tratti tipici del reato proprio, posto che solo il garante, al quale devono essere attribuiti specifici e corrispondenti poteri (sul punto si veda *infra*), potrà vedersi muovere un rimprovero per non aver impedito un determinato evento: quell'evento che solo il garante, in quanto tale, aveva l'obbligo giuridico di impedire poiché potenzialmente e giuridicamente dotato delle facoltà e dei poteri per evitarlo.

Alla teorica funzionalistico-sostanziale così brevemente richiamata si deve peraltro non solo la delineazione del concetto di posizione di garanzia, ma anche la nota bipartizione che interessa siffatta categoria, distinguendosi tra posizioni di protezione (volte a tutelare determinati beni giuridici da qualsiasi pericolo li minacci) e posizioni di controllo (le quali invece si incentrano su di una fonte di pericolo, imponendo al garante di preservare tutti i beni giuridici potenzialmente esposti a lesione da quella particolare fonte di pericolo)¹⁷².

Seguendo il solco tracciato dalla teoria sostanziale in una declinazione, per così dire, 'temperata' - tesa a *coniugare* i criteri di forma a quelli di sostanza¹⁷³ -, si è fatta strada nella dottrina italiana una ricostruzione teorica definita 'penale-costituzionale'¹⁷⁴, volta ad una rigorosa individuazione dell'obbligo di garanzia di cui all'art. 40 cpv. c.p. lumeggiata dai principi sanciti dalla Carta Costituzionale in materia penale.

In particolare siffatta opzione teorico-ricostruttiva, nel tentativo di isolare concettualmente l'obbligo di garanzia in relazione ai poteri offerti per farvi fronte, ha proposto una distinzione che, operativamente (ed anche assiologicamente),

¹⁷² Sulla distinzione tra posizioni di protezione e di controllo si vedano, per tutti, M. ROMANO, *Commentario cit.*, 388 e ss.; A BOIDO, *op. cit.*, 300 e ss. e la bibliografia ivi citata.

¹⁷³ Cfr. G. GRASSO, *Il reato cit.*, 198 e ss. e 242 e ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, 115 e ss.; M. ROMANO, *Commentario cit.*, 391 e ss.

¹⁷⁴ Cfr. I. LEONCINI, *op. cit.*, 34 e ss.; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 342 ss.; per una visione di sintesi della posizione in esame si veda A. BOIDO, *op. cit.*, 298 e 301 e ss.

appare maggiormente utile e appagante, tra obblighi di garanzia e obblighi di sorveglianza.

Più in particolare la peculiarità che contraddistinguerebbe, con carattere performativo, la posizione di garanzia in senso proprio, starebbe nella titolarità in capo all'obbligato dei poteri giuridici impeditivi indispensabili per assolvere all'obbligo stesso e derivanti da una specifica previsione normativa (anche e soprattutto extrapenale), declinati, da un lato, in poteri di vigilanza sull'insorgenza della situazione di pericolo (o di rischio) che minaccia il bene protetto e, dall'altro, in poteri di intervento sulla situazione *in fieri*, in modo da poter efficacemente azionare dinamismi eziologici contrari a quelli che condurrebbero alla verificazione dell'evento da impedire .

Va precisato che, proprio in vista di un'individuazione della posizione di garanzia che risulti armonica con i principi costituzionali, i poteri impeditivi del garante devono essere preesistenti rispetto all'insorgenza della contingente situazione di pericolo, la quale, per l'appunto, costituisce solo quello che – con terminologia aristotelica – potremmo definire l'accidente, la concretizzazione pratica del presupposto di fatto all'accadere del quale si attiva il dovere di utilizzo dei poteri pre-attribuiti al garante dall'ordinamento. E siffatti poteri devono trovare adeguata e precipua disciplina nel diritto positivo (extrapenale), dovendo risultare, in astratto, idonei a fronteggiare la situazione accidentale di pericolo per il bene giuridico, presentandosi, in ultima analisi, idonei *ex ante* a scongiurare l'evento che si ha l'obbligo giuridico di evitare¹⁷⁵.

Non vi è chi non veda come questa costruzione teorica, imperniandosi sull'individuazione normativa di un garante avente poteri impeditivi adeguati rispetto alla situazione di pericolo da fronteggiare, metta in luce ancora una volta quella dimensione deontico-relazionale dell'omissione di cui si è detto in precedenza: in altri termini è evidente come la struttura della responsabilità omissiva impropria si nutra di una dialettica costante tra il momento del dovere

¹⁷⁵ Cfr. I. LEONCINI, *op. cit.*, 74 e ss. il quale evidenzia come l'obbligo di garanzia non mai potrà nascere dalla stessa norma incriminatrice poiché, limitandosi essa a sancire l'esistenza di un obbligo al sorgere di una data situazione, deve rinvenire in una precisa disciplina extrapenale i contorni precisi dei poteri del garante, in base ai quali soppesare poi l'eventuale mancanza del garante stesso al proprio obbligo impeditivo.

(attuale) e quello del potere (ipotetico-potenziale) di impedire l'evento lesivo del bene giuridico di cui si è garanti. Dialettica che, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, ha delle forti ripercussioni nel momento dell'accertamento del nesso eziologico mediante il dispiegamento del giudizio controfattuale (quale strumento epistemologico) secondo modularità di carattere predittivo piuttosto che esplicativo.

Una conferma di quanto detto si rinviene, del resto, prendendo in considerazione l'altra categoria individuata dalla teoria penale-costituzionale: quella degli obblighi di sorveglianza. Con tale dizione si vuole porre in risalto che i soggetti gravati da siffatti obblighi risultano muniti solamente di poteri giuridici di controllo ed eventualmente di segnalazione al titolare o al garante, difettando invece specifici poteri di intervento atti ad impedire il verificarsi dell'evento dannoso quale concretizzazione della situazione di pericolo (o di rischio, per chi ami il termine¹⁷⁶). Ne deriva che i soggetti gravati da obblighi di sorveglianza non potranno essere chiamati a rispondere per mancato impedimento dell'evento¹⁷⁷ (salvo la loro violazione sia punibile in forza di un'apposita norma di parte speciale che espressamente la preveda) proprio perché non vi sarebbe correlazione tra quanto si richiede(rebbe) di fare all'agente (impedire l'evento) e gli strumenti giuridici che l'ordinamento effettivamente attribuisce al medesimo per assolvere al proprio obbligo.

Ecco che allora, quella che è stata definita come una visione dell'illecito omissivo improprio alla luce del concetto di dominabilità¹⁷⁸, si rivela una chiave di lettura certamente conforme ai canoni costituzionali, coniugando il pregio di una migliore definizione dei confini delle posizioni di garanzia (sul piano della legalità) e di una più appagante imputazione dell'evento lesivo al garante (sul

¹⁷⁶ Anche se, va rilevato sin da ora, i due concetti (pericolo e rischio) non sono per nulla coincidenti, evocando scenari e opzioni dogmatiche completamente differenti. Sul punto si veda *infra*, nel presente capitolo.

¹⁷⁷ Cfr. I. LEONCINI, *op. cit.*, 150.

¹⁷⁸ Ci si riferisce ad un lavoro ricostruttivo del reato omissivo improprio condotto con grande originalità da A. MASSARI, *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2008.

piano del principio di responsabilità per fatto proprio, prima ancora che per fatto proprio colpevole).

Va, ad ogni buon conto, precisato che, come tutte le classificazioni, anche quella da ultimo ricordata si fonda su un certo grado di approssimazione e di convenzione: portando avanti la *ratio* della distinzione si dovrebbe concludere che anche il potere di segnalazione o di denuncia informanti un obbligo di sorveglianza sia – anche se indirettamente – funzionale all’impedire il verificarsi dell’evento, con la conseguente ritenuta sussistenza di una responsabilità, nei limiti della funzione, in capo al soggetto gravato.

Tale constatazione implica dunque la necessità di un’indagine accurata, da svolgersi caso per caso, circa l’esistenza di una posizione di garanzia in relazione alla sussistenza o meno di un potere giuridico di impedire l’evento che renda possibile l’adempimento del relativo obbligo. In altri termini la teoria penale-costituzionale finirebbe per scolorire, avvicinandosi molto alla precedente teoria sostanzialistico-funzionale.

Il merito che alla stessa va, tuttavia, riconosciuto sta nell’aver messo in luce l’insopprimibile connessione tra obbligo di impedire l’evento e potere (almeno astrattamente) idoneo a tale impedimento.

In altri termini, comunque si intenda individuare la fonte¹⁷⁹ della *Garantenstellung*, la medesima richiederà pur sempre un dominio (o un potere di signoria) sulle condizioni fondamentali (o almeno su alcune di esse) per la verifica dell’evento, posto che <<tanto nell’agire quanto nell’omettere, il fondamento dell’imputazione (obiettiva) consiste, a ben vedere, nella signoria del soggetto su alcune condizioni che concorrono alla produzione del risultato>>¹⁸⁰.

A tale impostazione è stata obiettata, però, un’eccessiva genericità del concetto di potere di signoria¹⁸¹, tendenzialmente compatibile con una pluralità di

¹⁷⁹ Sull’annosa questione circa l’estensione dall’originario c.d. trifoglio, alla *negotiorum gestio* sino a qualsiasi norma che abbia carattere di giuridicità si veda quanto detto in precedenza e la bibliografia ivi citata.

¹⁸⁰ G. FIANDACA, *Il reato omissivo*, cit., 167.

¹⁸¹ G. GRASSO, *Il reato omissivo*, cit., 241 e ss.

situazioni¹⁸² completamente diverse dal punto di vista del disvalore manifestato e della precipua posizione assunta dai diversi soggetti (non) agenti.

A ben vedere, tuttavia, la critica, per quanto puntuale, non tiene conto del fatto che il concetto vuole rappresentare, non un preciso postulato che funga da autonoma pietra di confine, bensì un *genus* ampio che si manifesti quale linea guida da seguire, non senza le dovute specificazioni, nella ricostruzione del reato omissivo improprio, evidenziando quella prospettiva deontico-relazionale cui si è fatto più volte riferimento. Peraltro se una critica può essere avanzata, essa dovrebbe concentrarsi su di un equivoco di fondo: il potere di signoria cui si fa riferimento non dovrebbe limitarsi riduttivamente a considerare un potere di fatto (certamente necessario ma non sufficiente), bensì allargarsi alla considerazione, in vista dell'individuazione corretta della *Garantstellung*, della giuridicità del potere attribuito al soggetto¹⁸³. Giuridicità espressamente indicata dal legislatore all'art. 40 cpv. c.p.

In definitiva, la costante dialettica *Können – Sollen* ammantata di sé l'intero orbe della responsabilità omissiva impropria (così come in termini analoghi, anche se non del tutto sovrapponibili, accade per la causalità della colpa), fondando saldamente la ragion d'essere dell'equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. su di una fitta trama di doveri e correlativi poteri, da specificarsi e rintracciarsi prima nella costruzione della posizione di garanzia, poi nell'imputazione (obiettiva) di un dato evento ad una certa condotta (in quanto colposa).

Del resto come nel '56 scriveva M. Gallo (pur se in altra cornice contenutistica): «tra i buoni risultati della tecnica giuridica credo che si possa annoverare quello di aver posto in luce che il dovere presuppone sempre nel soggetto che se ne afferma titolare un potere di fatto sul risultato che da lui si

¹⁸² L'Autore da ultimo citato, infatti, porta a corroborazione della sua critica l'esempio di un bimbo, incapace di nuotare, che cada in piscina. La posizione del padre, del bagnino e di un estraneo, commenta l'Autore, sarebbe esattamente la stessa se la si riguardasse sotto il mero profilo del potere (di fatto) di signoria.

¹⁸³ In tal modo il padre, il bagnino e l'estraneo dell'esempio sopra formulato verrebbero certamente ad assumere posizioni diversificate.

attende, perché a rigore non si deve se non ciò che si può: in diritto dovere l'impossibile è assurdo>>¹⁸⁴.

L'ordinamento, dunque, attribuisce un complesso di poteri e doveri che caratterizza il titolare di una posizione di garanzia, determinandone la qualifica e disvelando, invero, come il reato omissivo improprio appartenga al più ampio *genus* del reato proprio.

Si è, infatti, in precedenza detto che il connotato essenziale del reato omissivo improprio è rappresentato dalla predeterminazione dell'obbligo giuridico di impedire l'evento rispetto al concreto verificarsi della situazione che impone l'attivazione del garante. E si è poi specificato come l'obbligo giuridico di impedire l'evento possa essere individuato solo facendosi riferimento alla pletera di poteri che l'ordinamento attribuisce a un determinato soggetto onde consentirgli la tutela rafforzata di un determinato bene giuridico.

Dalle premesse così guadagnate discende che la risoluzione della questione di partenza, ovvero sia il modo mediante il quale individuare la posizione di garanzia, non si rinviene completamente nella stretta connessione tra il garante ed il bene tutelato (realtà di conio normativo che pur spiegando la *ratio* della *Garantenstellung*, nulla dice sulla sua esatta riconoscibilità), ma passa attraverso la considerazione delle regole che governano il reato proprio, di cui il reato omissivo improprio rappresenta una *species*.

Se infatti l'incapacità – totale o parziale – del titolare del bene di provvedere autonomamente alla tutela del medesimo ed il correlativo stretto rapporto esistente tra garante e bene rappresentino momenti fondamentali nell'edificazione della posizione di garanzia, la ricerca della relazione di protezione (o, se si preferisce, del momento genetico nella creazione astratta della posizione di garanzia) avviene in ogni caso assumendo quale punto di riferimento la legge (e il contratto)¹⁸⁵: il rapporto di protezione-dipendenza rimane un indice dal quale desumere la ragion d'essere e sul quale valutare la ragionevolezza della

¹⁸⁴ M. GALLO, *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 460.

¹⁸⁵ Cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale* cit., 161 - 190 e ss.

creazione legislativa¹⁸⁶, ma (almeno secondo alcuni) non anche un concetto che assuma una particolare valenza euristica nell'individuazione della posizione di garanzia stessa¹⁸⁷.

Così come nella posizione di garanzia, infatti, anche nel reato proprio viene spesso ad essere sottolineata la particolare relazione che astringe il soggetto qualificato e il bene da tutelare. Ed è nelle peculiari caratteristiche dell'interesse tutelato che si ricercano le *ragioni* dell'introduzione legislativa di un reato a soggettività ristretta¹⁸⁸, ma non anche l'individuazione previa della stessa.

Si ritiene tuttavia di dover effettuare una distinzione tra il momento fondativo della posizione di garanzia (e analogamente del reato proprio) e il momento di riconoscibilità della medesima.

Infatti, a meno di non voler considerare le scelte del legislatore completamente avulse da una razionalità connotante il relativo filtro selettivo, non

¹⁸⁶ I criteri sostanziali, invero, rappresentano spesso un rimedio antiformalistico, volto, al modo di un meccanismo di difesa, a creare degli argini alla responsabilità penale, laddove i criteri meramente formalistici, applicati al caso concreto, non consegnino un effettivo superamento di una certa soglia di rilevanza. Emblematica sotto questo profilo è indubbiamente la complessa e raffinata tematica dell'offensività, la quale - come si vedrà nel presente lavoro - rappresenta un luogo dogmatico, forse non sempre adeguatamente notomizzato, capace di offrire soluzioni equilibrate da contrapporre alle derive legalistiche, illuminando il reato dall'interno, già sul terreno della tipicità.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano in tema, M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., 19 e ss.; G. NEPPI MODONA, voce *Reato impossibile*, in *Dig. Pen.*, Vol. XI, Torino, 1996, 259 e ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XIV, Torino, 1873, ora in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano, 1997, 731 e ss.; M. RONCO, *Commentario cit.*, *Il reato cit.*, 91 e ss., F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 e ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001, 449 e ss.

¹⁸⁷ Cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi cit.*, 76; A MASSARI, *op. cit.*, 60.

¹⁸⁸ Cfr. G. BETTIOL, *Sul reato proprio*, Milano, 1939, 20 e ss. (ora in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 400 e ss.) ove l'illustre autore sostiene che i destinatari del comando derivante da un reato proprio sono <<coloro che si trovano con il soggetto passivo o con il bene tutelato nella posizione voluta dalla legge>>; M. RONCO, *Commentario cit.*, 159, secondo cui <<i>reati propri postulano una relazione particolare tra una categoria di soggetti e i beni o interessi che entrano nella sfera di azione, protezione, o controllo della loro attività, focalizzando la violazione di un dovere funzionale>>; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto Penale*, Vol. I, Torino, 2006, 165-166, nel quale si legge: <<assume una specifica rilevanza la qualità o posizione del soggetto attivo, che vale a porlo in una particolare relazione con bene protetto dalla norma>>; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, cit., 94, per il quale il reato proprio si radica nella rapporto tra la qualifica soggettiva e l'interesse protetto dalla fattispecie.

si può dubitare che le posizioni di garanzia trovino la loro ragion d'essere (per così dire 'ontologica') nel particolare rapporto sussistente tra soggetto e bene da tutelare. Così come tale rapporto costituisce certamente il fulcro logico intorno al quale radicare qualsiasi valutazione in ordine alla ragionevolezza o meno dell'introduzione di una fattispecie a soggettività limitata (reato proprio o posizione di garanzia che essa sia).

Nondimeno, laddove ci si interroghi sulla riconoscibilità della posizione di garanzia (e del reato proprio in genere), non è possibile prescindere dal riferimento *stricto sensu* normativo poiché sarà pur sempre necessario, prima di domandarsi se la discrezionalità legislativa sia stata usata sapientemente, individuare l'oggetto su cui svolgere una tale valutazione.

Ecco allora, per quanto qui interessa, che nel momento di individuazione (e di riconoscibilità) della posizione di garanzia, ciò che è determinante è proprio la pre-esistenza della posizione di garanzia (*id est*: la pre-esistenza di quella complessa trama di poteri e doveri che performa la qualifica). Non è un caso infatti che l'obbligo giuridico di impedire l'evento sia affidato proprio e solo a quei soggetti che il legislatore ritiene dotati – quali attribuzioni rivenienti da altri rami dell'ordinamento – dei poteri astrattamente suscettibili di impedire¹⁸⁹ l'evento medesimo. Ed il rapporto che viene ad instaurarsi tra bene e garante, dunque, discende proprio dall'attribuzione a quest'ultimo di quell'insieme di poteri impeditivi dell'evento da cui dipende, in ultima analisi, l'attribuzione della qualifica di garante (e con essa della posizione di garanzia).

Ne deriva allora che la preesistenza dell'obbligo di impedire l'evento (con tutti i connotati di cui si compone) rappresenta il requisito tipico che funge da filtro selettivo del reato omissivo improprio, la cui natura normativa emerge dal disposto stesso dell'art. 40, comma 2, c.p. (e ritornerà a farsi sentire nel momento di accertamento della causalità della colpa).

Si pensi - evitando di 'far morire altri bambini a causa di genitori o bagnini distratti' - alla figura del datore di lavoro così come disegnata dal D. Lgs n. 81 del

¹⁸⁹ La pregnanza semantica del verbo "impedire" viene evidenziata da A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale d'impresa*, Firenze, 1985, 200 e 201.

9 aprile 2008: l'art. 2, lett b), definisce "datore di lavoro" il soggetto <<titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva *in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa*>>. La dizione legislativa rende chiaramente il concetto: il datore di lavoro ricopre una peculiare posizione di garanzia nei confronti dei prestatori di lavoro attivi nei propri stabilimenti *in quanto* titolare di una serie di poteri. E sono proprio questi poteri a fondare lo stretto rapporto intercorrente tra il datore di lavoro e il bene da tutelare (vita, integrità fisica ecc.), sul presupposto (stagliato sull'orizzonte di una previsione *ex ante*) che tali poteri offrano al garante strumenti idonei ad impedire il verificarsi dell'evento (la morte, le lesioni, ecc. del prestatore di lavoro).

In conclusione, la posizione di garanzia si fonda sì su di uno stretto rapporto tra il bene giuridico da tutelare mediante la fattispecie incriminatrice omissiva impropria e il soggetto garante, ma questo stesso rapporto trova la sua ragion d'essere e si giustifica in relazione alla pre-attribuzione normativa¹⁹⁰ (extrapenale) di poteri (astrattamente) idonei a impedire il verificarsi dell'evento lesivo, garantendosi così il rispetto del principio di legalità e nel contempo non cedendosi spazio alcuno alle derive formalistiche, asettiche rispetto a qualsiasi correttivo di stampo sostanziale.

Tutto ciò che precede finisce, in ultima analisi, per disvelare ancora una volta come la struttura del reato omissivo improprio, squisitamente normativa, sia costantemente tesa nel raffronto dialettico tra dovere e potere, tra situazioni attuali e situazioni potenziali, implicando degli elementi negativi la cui ricostruzione non potrà che passare per un difficile accertamento del nesso eziologico (o, secondo una dizione evocativa, dell'equivalente normativo della causalità) la cui possibile sovrapposizione con l'accertamento della colpa diviene tematica di ormai urgente attualità.

¹⁹⁰ Non è questa la sede per soffermarsi sulle ulteriori problematiche concernenti specifiche materie come quella del T.U. 81/2008 circa i titolari di fatto di posizioni di garanzia (sui quali ci si limita a rinviare agli specifici studi in materia), essendo la presente trattazione funzionale a porre in evidenza gli elementi di possibile sovrapposizione tra elemento oggettivo della condotta omissiva ed elemento soggettivo della colpa.

E' infatti proprio la confusione (nel senso etimologico e non civilistico) del piano normativo e di quello naturalistico (implicante la valutazione del soggetto concreto nelle concrete condizioni nelle quali egli si trova ad operare e la conseguente valutazione del potere naturalistico di impedire l'evento) che ha propiziato alcune posizioni rigoriste da parte della giurisprudenza in tema di reato omissivo improprio colposo. La pretesa 'compensazione' di una palpabile incertezza nell'accertamento dell'elemento materiale del reato con una negligenza tanto macroscopica da divenire assorbente comporta una sorta di slittamento dall'esatta individuazione della condotta doverosa e della valutazione dell'efficacia salvifica di quest'ultima (piano oggettivo), alla mera allegazione di possibilità di un generico "intervenire in qualche modo", senza peraltro peritarsi di indicare, neppure sul terreno dell'accertamento della colpa, quale sarebbe stata l'opzione modale da serbare con il proprio contegno (piano oggettivo della tipicità colposa)¹⁹¹.

Non si vuole con tale affermazione negare l'esistenza di un intreccio strutturale ineliminabile tra omissione (*recte*: causalità omissiva) e colpa, né si vuole disconoscere la necessità di condurre un'indagine ed un accertamento processuale che ricompongano i due momenti nell'entità unica rappresentata dal reato¹⁹². Si è infatti convinti che dissezionare quest'ultimo sospingendolo verso una parcellizzazione esasperata - sotto la bandiera di un'esigenza analitica di scomposizione teorica - non consenta di consegnare all'interprete il reato stesso nella sua intera dimensione connotativa. Tuttavia non si vuole neppure, sotto la condivisibile istanza di ricostruzione unitaria del reato (con a monte, almeno per quanto si ritiene, una ricostruzione unitaria del concetto di azione), mascherare la sostanziale esigenza di superare i problemi di accertamento mediante delle vere e proprie 'amputazioni' probatorie, che confondano e utilizzino in modo del tutto

¹⁹¹ Il tema sarà affrontato *funditus* nel Cap. III.

¹⁹² Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 50 e ss. Il chiaro Autore, condivisibilmente, si manifesta critico sulla contrapposizione tra elemento oggettivo e soggettivo del reato, che anzi viene descritto come uno dei dogmi da superare onde addivenire ad una più efficace ricostruzione sistematica del reato stesso.

fungibile prospettive *ex ante* e prospettive *ex post*, ragionamenti esplicativi ed ipotesi predittive, individualizzazioni e generalizzazioni, e via discorrendo.

Il modo corretto per sciogliere il nodo gordiano che astringe questi profili, senza perderne di vista la dimensione complessiva, passa allora per l'individuazione del difficile punto di equilibrio tra elementi oggettivi e soggettivi.

E' ben vero che la premessa metodologica di distinguere l'oggettivo (condotta) dal soggettivo (colpa) - anche se poi, si vedrà, la vera sovrapposizione si avrà tra condotta e misura oggettiva della colpa - si presenta maggiormente confacente agli schemi tipici della teoria bipartita¹⁹³, ma non necessariamente solo con essa compatibile.

Invero la distinzione tra oggettivo e soggettivo si inserisce all'interno del rapporto tra omissione e colpa, nei rispettivi segmenti che connotano i due elementi del reato. E così come questi 'comunicano' all'interno della condotta e della colpa, parimenti 'comunicano', in ultima analisi, anche tra loro globalmente, rifuggendosi una visione atomistica del reato, laddove oggettivo e soggettivo siano relegati in due distinte stanze sistematiche tra loro impermeabili¹⁹⁴.

¹⁹³ Non è questa la sede per alimentare la "guerra di religione" tra sostenitori della teoria tripartita e sostenitori della teoria bipartita, anche se interessantissimi e densi di conseguenze ne possono essere gli esiti e gli punti di riflessione. Basti riflettere sulle conseguenze dirompenti dell'inserimento di dolo e colpa nella tipicità in seguito all'evoluzione ben nota che ebbero le teoriche post-welzeniane: la colpevolezza, svuotata delle sue 'forme' (se intesa in senso normativo secondo la fortunata costruzione di Franck) rimarrebbe sul piano della teoria del reato o sarebbe forse meglio che essa venisse ricondotta (come sembra preferibile) alla teoria del reo, rendendo peraltro più coerenti certe ricostruzioni in tema di sussistenza dei coefficienti soggettivi tipici pur in assenza di colpevolezza per difetto di imputabilità?! Si veda sul punto M. RONCO, *Il Reato*, in *Commentario* cit., 80 e ss.

Ad ogni modo, ed a prescindere da ogni presa di posizione sul punto, sembra condivisibile l'assunto di M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Vol. II, Parte I, cit., 50 secondo il quale ogni proposta di sistemazione degli elementi del reato presenta un carattere strutturalmente convenzionale ed in quanto tale non può alimentare esasperate dispute, rimanendo pur sempre - di questo si è convinti - dei possibili momenti di incoerenza o di tensione tra le premesse poste e le loro conseguenze al vaglio della sempre dinamica e sorprendente fantasia della realtà.

¹⁹⁴ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 206-207, a tal riguardo, scriveva le seguenti parole: «<l'esasperazione del procedimento analitico [...] ha portato non solo a spezzare il reato in più parti, ma anche a considerare ciascuna di esse come entità indipendente, come un *quid* dotato di vita autonoma. Per tal modo il reato è stato ravvisato quale somma di elementi disparati ed eterogeni [...] questa concezione [...] si deve ritenere erronea, perché il reato è un tutto organico: è una specie di blocco monolitico, il quale può bensì presentare degli aspetti diversi ma non è in

Se è ben possibile obiettare che tali premesse sono ovvie, è altrettanto possibile replicare che l'esigenza di specificare le linee di demarcazione concettuale tra momenti oggettivi e soggettivi si pone come talmente ovvia da necessitare di essere ribadita a fronte di una giurisprudenza che sempre più sovrappone causalità e colpa¹⁹⁵ secondo una tendenza che, se per certi versi può spiegarsi con l'esigenza di rafforzare la tutela di beni particolarmente rilevanti esposti a rischio nella società moderna, per altri versi sembra molto più incline a cedere alle lusinghe delle semplificazioni probatorie, accedendo a delle vere e proprie presunzioni che comportano lo sconfinamento della causalità nel terreno della colpa, senza una chiara consapevolezza concettuale dell'operazione e delle relative implicazioni.

Tale circostanza, ancora una volta, spiega la ragione per la quale si è registrata nel tempo una sostanziale inversione del rapporto tra regola-eccezione nella responsabilità penale colposa per commissione e per omissione (ove la sovrapponibilità strutturale tra causalità e colpa si rende di lapalissiana evidenza): nella convinzione dunque che si riveli necessario - al fine di affrontare con la dovuta acribia il tema della causalità della colpa - notomizzare adeguatamente i nodi problematici dell'omissione, si intende ora completare la disamina sull'omissione sin qui svolta, tracciando brevemente i paradigmi evolutivi della predetta inversione nel rapporto di regola-eccezione.

alcun modo frazionabile. La vera essenza – e si potrebbe anche dire – la realtà del reato non è nei singoli componenti di esso e neppure nella loro addizione, ma nel tutto e nella sua intrinseca unità: solo guardando il reato sotto questo profilo, è possibile comprenderne il vero significato>>>. In termini analoghi anche G. BETTIOL, *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1938, 513 e ss.; e M. ROMANO, *Commentario cit.*, 308.

¹⁹⁵ Cfr. Cass. pen. Sez. IV, 6.09.2003 in Cass. Pen. 2004, 1854 e ss. con nota di M. ZANCHETTI, *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione*; Cass. Pen., Sez. IV, 28.10.2004, Ardizzone, in *Resp. e risarc.*, 2005, I, 80.

7. *Il rapporto di regola-eccezione tra commettere ed omettere nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale*¹⁹⁶ ... verso la società del rischio

Si è in precedenza detto, sia pure in modo un po' 'rapsodico', che l'omissione, in modo del tutto analogo alla responsabilità per colpa¹⁹⁷, ha rappresentato una forma di responsabilità penale eccezionale, disegnata dal legislatore al fine di completare e di rafforzare la tutela di beni giuridici ritenuti di particolare rilievo (specie dopo l'introduzione delle Costituzione).

In effetti, in ossequio all'idea illuministico-liberale secondo la quale il diritto penale è essenzialmente un diritto repressivo-conservativo – idea dominante dalla seconda metà dell'Ottocento sino al primo dopoguerra – la libertà di agire del singolo consociato andrebbe tutelata nella sua massima estensione, consegnando una struttura criminale edificata più su divieti che su comandi¹⁹⁸.

Per usare le parole di John Stuart Mill nel tracciare *le origini del liberalismo contemporaneo*: «Una persona può causare danno ad altri non solo per azione, ma anche per omissione, e in entrambi i casi ne deve giustamente render loro conto. E' vero che il secondo caso richiede, in misura molto maggiore del primo, cautela nell'esercizio della coercizione. Rendere chiunque responsabile del male fa ad altri è la regola; renderlo responsabile del male che non impedisce è, in termini relativi, l'eccezione [...] La sola libertà che meriti questo nome è

¹⁹⁶ Cfr per questa impostazione diacronica A. MASSARI, *op. cit.*, 20 e ss., la quale ripercorre in modo del tutto analogo a quanto seguirà la ricostruzione del passaggio del reato omissivo improprio a vera e propria eccezione nel sistema liberale ad uno stato di 'quasi regola' con l'emersione di una dimensione solidaristica con lo Stato sociale.

¹⁹⁷ Basti pensare alla struttura complessiva derivante dall'impianto codicistico e divisata nell'art. 42 c.p., laddove è evidente che la responsabilità a titolo colposo interviene in via sussidiaria e complementare rispetto al dolo e solamente laddove ciò sia espressamente previsto dal legislatore medesimo, tanto che alcuni Autori hanno prospettato la necessità – al fine di rispondere pienamente al principio di legalità – che la previsione espressa debba andar intesa come previsione esplicita (Cfr. M. ROMANO, *Commentario cit.*, 425; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, 1993, 356). Per contro altra autorevole dottrina - *in primis* M. GALLO, voce *Colpa penale* (dir. vig.) cit., 625, nota n. 3 - ritiene che il requisito di previsione espressa possa ritenersi adeguatamente soddisfatto anche in modo implicito, purché sia inequivoco e agevolmente individuabile mediante una lettura sistematica.

¹⁹⁸ Cfr. sul punto, per una visuale più ampia, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004, 902, secondo il quale per stato liberale va inteso uno stato limitato da norme secondarie negative, ovverosia da divieti rivolti ai suoi organi-poteri.

quella di perseguire il nostro bene a nostro modo, purché non cerchiamo di privare gli altri del loro o li ostacoliamo nella loro ricerca. Ciascuno è l'unico autentico guardiano della propria salute [...] Gli uomini traggono maggior vantaggio dal permettere a ciascuno di vivere come gli sembra meglio che dal costringerlo a vivere come sembra meglio ad altri>>¹⁹⁹. Queste parole ben rappresentano l'*abitus* mentale e politico che ispirava l'impostazione penalistica: lo Stato poteva imporre di non serbare determinati comportamenti, restringendo la sfera di azione del singolo in misura strettamente necessaria a far sì che il dispiegarsi della propria libertà non comportasse una compressione inaccettabile di quella altrui; ma non poteva giungere, se non in ipotesi del tutto particolari ed in ogni caso frequentisticamente inferiori, ad imporre un contegno positivo, un'attivazione volta alla tutela di beni dei quali il singolo non fosse diretto titolare.

Seguendo siffatta impostazione di fondo, la stella polare dell'universo giuridico è rappresentata dall'individuo, visto come una sorta di 'volontà di potenza', contrapponendosi il diritto soggettivo – quale emblema di libertà individuale e di uguaglianza – all'obbligo dell'*ancien regime* di matrice teocratica²⁰⁰.

Ciò comporta, sotto il profilo strettamente penale, una netta prevalenza del divieto sull'obbligo: laddove non si guardi banalmente al ben noto brocardo per cui *ubi lex vuolit dixit ubi noluit tacuit*, si rischiera evidentemente la logica di garantire il più ampio spazio di azione possibile al cittadino, restringendone la libera volontà solamente attraverso una serie di divieti funzionali a garantire altrettante libere volontà; ma al di fuori di quanto vietato, il singolo deve potersi determinare avendo come riferimento solamente la cura di sé e non anche quella altrui.

Il reato omissivo, dunque, in modo non dissimile da quello colposo, veniva ad essere strutturato, in coerenza con la logica dell'eccezione che lo ammantava,

¹⁹⁹ J. S. MILL, *Saggio sulla libertà. Le origini del liberalismo contemporaneo*, Milano, 2002, 14 e 16.

²⁰⁰ Cfr. per la dialettica tra diritto soggettivo e correlativo obbligo F. SGUBBI, *Responsabilità penale* cit., 15 e 16.

sul costante raffronto con il reato commissivo (e correlativamente con quello doloso)²⁰¹.

Tuttavia, l'evoluzione sociale e politico-ideologica comportò un graduale ma inesorabile mutamento di prospettiva nel rapporto tra regola ed eccezione.

Sia a livello di incriminazione astratta sia a livello prasseologico vennero a guadagnare sempre più terreno i reati 'eccezionali' (omissivo e colposo), registrandosi come la sempre maggiore significativà qualitativa e quantitativa dell'eccezione accrebbe l'impegno e l'interesse scientifico in ordine al reato omissivo (e colposo) sospingendo verso elaborazioni di strutture autonome e sempre meno tributarie del ricorso ai paradigmi classici del reato commissivo (e doloso)²⁰².

La ragione di tale evoluzione del reato omissivo va ricercata nel passaggio dallo Stato liberale allo Stato autoritario prima e a quello sociale poi.

La modificazione sorta nel mondo politico ed economico - in cui la mano invisibile di A. Smith cedette il passo all'interventismo Keynesiano - non poté che condizionare le logiche, gli equilibri e i rapporti del mondo giuridico²⁰³.

L'interventismo statale nel mondo economico e l'idea del perseguimento di un'eguaglianza che - lontana dall'accezione solo formale del pensiero liberale - assuma una declinazione sostanziale, comportò l'allontanamento dal precedente sistema penale, strutturalmente congeniato per limitare il meno possibile la sfera di azione mediante divieti, e il conseguente protendersi sempre più verso forme esasperate di ipertrofismo legislativo²⁰⁴, teso - utopicamente quanto confusamente - a regolare con minuzia ogni aspetto della vita associata.

²⁰¹ Si è parlato in precedenza, indugiando sulla struttura dell'omissione, della difficile emancipazione del reato omissivo (in particolare improprio) rispetto al reato commissivo.

²⁰² Cfr. sotto il profilo dell'emancipazione delle colpe, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 1 e ss.

²⁰³ Cfr. ancora una volta L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., 902, il quale definisce lo stato sociale come uno stato vincolato da norme secondarie positive, ovverosia rivolte ai pubblici poteri e riversantesi poi sui consociati.

²⁰⁴ Di recente ha parlato di <<law saturated society>> S. RODOTÀ, *La via e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

Ne derivò, evidentemente, un proliferare di norme di comando sulla base di una certa tendenza solidaristica che fece emergere l'esigenza, per il diritto penale, di predisporre una serie di tutele sempre più stringenti. Esigenza che si tradusse, operativamente, nella creazione di reati omissivi e di posizioni di garanzia, volti a proteggere determinati beni, esposti ai più variegati pericoli, attraverso l'affidamento degli stessi non solo al loro titolare originario, ma anche ad altri soggetti che, per il medio dei loro poteri di intervento, potessero rafforzarne la salvaguardia.

Si aggiunga, inoltre, che l'attuale dirompente ed inarrestabile evoluzione tecnologica e scientifica, pur determinando in termini relativi un miglioramento della qualità di vita generale, comporta delle sempre più proteiformi esigenze di tutela di beni di rango primario, esposti in modo sempre più evidente al rischio di lesione o di compromissione proprio in ragione dei panorami dischiusi dall'evoluzione del progresso tecnico.

Ecco allora che già sul tramontare dell'Ottocento venne a stagliarsi sull'orizzonte penalistico una spinta verso il reato omissivo improprio (ed analogamente verso quello colposo), propiziata dalla necessità di individuare dei soggetti che potessero fungere da garanti – e, pertanto, da responsabilizzare – in relazione ai beni predetti, tracciando un percorso tutt'oggi in movimento.

Si pensi al settore medico-chirurgico, paradigmatico delle problematiche (anche di stringente attualità) evocate dal reato omissivo colposo; o al settore del diritto penale d'impresa, oggi assunto agli onori delle cronache giudiziarie con frequenza quotidiana.

Il passaggio allo Stato sociale e, con esso, l'affermarsi di un'impronta solidaristica, al fianco di quella individualistico-liberale, ha disvelato il ruolo sempre più organizzativo e propulsivo del diritto penale, teso non più solo ad imporre divieti comportamentali in funzione della conservazione di uno stato di assetti ed equilibri pre-esistenti, ma tutto proteso in una inedita versione dinamica – quasi pedagogica – a fornire un indirizzo alla società, in modo da favorirne il

progresso e lo sviluppo attraverso un sistema di comandi e di imposizioni attive²⁰⁵.

E, come nota puntualmente Alberto Cadoppi²⁰⁶, è evidente che i reati omissivi impropri si presentino, per loro struttura, come lo strumento più idoneo a garantire che il singolo consociato non solo eviti di peggiorare con il proprio contegno lo stato di cose esistenti, ma sia anche indirizzato ad impegnarsi attivamente, positivamente, per un suo miglioramento. Del resto la dogmatica dell'omissione <<non è una dogmatica ideologicamente neutra>>²⁰⁷, ma deve essere letta, compresa ed interpretata alla luce dell'opzione ideologica (in questo caso di matrice solidaristica) che vi si pone alla base, così da poterne superare le imperfezioni codicistiche.

Analogamente dicasi per il brulicare, sotto il profilo che attiene alla colpa, delle regola di diligenza, sempre più minuziosamente volte a tratteggiare gli aspetti modali dei doveri di attivazione, sino a creare dei veri e propri microcosmi intorno a particolari settori (ancora una volta paradigmatici si rivelano quelli della responsabilità medico-chirurgica e dell'esposizione a sostanze lesive dei lavoratori) orientati a ridurre i rischi (dunque attraverso la costruzione di regole cautelari improprie²⁰⁸) derivanti da generalizzati deficit cognitivi.

²⁰⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P. gen., XV ed. aggiornata a cura di L. CONTI, 1997, 5 e 6: <<il diritto si presenta in prima linea come regolamento di confini, in quanto il più delle volte dice all'individuo: "fin qui e non oltre". Sennonché, nell'attuale periodo storico e secondo i principi costituzionali, l'ordinamento giuridico non si esaurisce in questa funzione: non si riduce ad un meccanismo di limiti e freni. Esso ha anche un compito organizzativo e propulsore, in quanto crea organismi di vario genere e promuove lo sviluppo della vita sociale. In altri termini lo Stato moderno, lungi dal limitarsi alla funzione puramente negativa di armonizzare gli interessi degli individui e di dirimerne i conflitti, esplica un'azione eminentemente attiva, che è intesa a trasformare le condizioni di vita e la coscienza del popolo per assicurare il progresso e spesso anche per indirizzarlo a determinate finalità. Lo Stato moderno, oltre che tutore dell'ordine pubblico, è e vuole essere maestro ed educatore del popolo>>.

²⁰⁶ A. CADOPPI, *Il reato omissivo improprio*, Vol. I, cit., 374 e ss.

²⁰⁷ F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.* 1999, V, 624.

²⁰⁸ Sulla distinzione tra regole cautelari proprie e improprie si veda P. VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003. Il tema sarà ripreso anche nel Cap. III.

In definitiva il passaggio dallo Stato liberale a quello sociale ha segnato una tappa fondamentale nell'emancipazione del reato omissivo improprio (e colposo) rispetto a quello commissivo (e doloso), giungendo ad una vera e propria inversione del rapporto di regola – eccezione, tanto da ipotizzare, muovendosi dall'ottica di una selezione dei rischi di cui il soggetto può essere chiamato a rispondere, una progressiva <<estensione del paradigma del ruolo di garante a modello anche per l'illecito penale commissivo>>²⁰⁹.

Certamente dal punto di vista metodologico l'emancipazione suddetta deve essere salutata con favore, permettendo al reato omissivo (in particolare quello improprio) di scrollarsi di dosso i paradigmi tradizionali del reato commissivo e manifestare così le proprie peculiarità. Tuttavia si ritiene che le caratteristiche proprie dell'omissione e le sue ineliminabili connotazioni ontologiche e assiologiche non possano essere lasciate completamente in disparte dinanzi alla sua pur normativa struttura giuridica. Detto altrimenti, la riconosciuta autonomia del reato omissivo improprio non può condurre a ritenere irrilevante la pur sempre persistente constatazione secondo la quale un soggetto che naturalisticamente non cagiona nulla venga, attraverso la costruzione normativa dell'omissione, ad essere ritenuto penalmente responsabile. Ciò implica che l'interprete dovrà attenersi ad un rigoroso accertamento dei presupposti di operatività della responsabilità per omissione (*a fortiori* se colposa), al fine di mitigare le tendenze espansive di tale modello.

Tale tendenza espansiva, infatti, manifestata già nel passaggio allo Stato sociale, viene ad estremizzarsi nel contesto della post-modernità o, se si preferisce, con un'espressione molto fortunata, nella odierna <<società del rischio>>²¹⁰, ove la tanto inarrestabile quanto sovente celata forza del principio di precauzione²¹¹, oltre a dirigere la costruzione e la valutazione delle regole

²⁰⁹ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, 331.

²¹⁰ Tale espressione, oramai divenuta un *topos*, si deve a U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, 2007; ID. *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma, 2008.

²¹¹ La letteratura in materia è oramai sterminata; in questa sede, ci si limita a richiamare le pietre angolari delle aree disciplinari prese in considerazione, soprattutto in ragione della loro più recente evoluzione: U. BECK, *La società del rischio*, 1986, Frankfurt a Main, trad. it. Roma, 2000; H.

cautelari, impone di affidare la tutela di beni strettamente personali o comunque di evidente rilievo (si pensi alla materia ambientale²¹²) a soggetti che si ritiene possano garantirli: ma è proprio questo il passaggio che, surrettiziamente, più mette a rischio i pilastri portanti della responsabilità penale.

La “società del rischio” infatti è caratterizzata da un ineliminabile deficit cognitivo il quale non viene meno per il sol fatto di ‘allocare’ una responsabilità in capo a taluno²¹³: ciò significherebbe gravare il consociato di un obbligo disinteressandosi del fatto che questi non abbia gli strumenti per farvi fronte, dissolvendo la stessa struttura della posizione di garanzia e dell’imputazione autenticamente colposa.

Del resto lo stesso Beck afferma con chiarezza che: «l’estensione delle conoscenze genera un aumento dell’ignoranza e la globalizzazione dei fenomeni allenta i vincoli stanziali e nazionali, ma alimenta il sorgere di sentimenti nazionalistici; il processo di sradicamento delle relazioni sociali dai contesti di interazione locali fa sì che ci si affidi alla fiducia nei confronti dei sistemi esperti

JONAS, *Il principio di responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*, 1979, Frankfurt a Main, trad. it., Torino, 1993; N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, 1991, trad. it., Milano, 1996; Z. BAUMANN, *Paura liquida*, 2006, trad. it., Roma-Bari, 2007; nelle scienze giuridiche, per un ampio ed aggiornato quadro riassuntivo, nella dogmatica d’oltralpe, K. W. HASSEMER, *Produktivotuwering in modern Strafrecht*, Frankfurt a Main, 1994; in tema, si segnalano anche le ampie e raffinate indagini di F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003; J. M. SILVA SANCHEZ, *La expansion del derecho penal. Aspectos de la politica criminal en la sociedades postindustriales*, 2001, trad. it., Torino, 2004; ID., *Sfide scientifiche e sfide politiche della scienza nel diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale al cambio di secolo. L’analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, a cura di L. STORTONI – L. FOFFANI (a cura di), 23 e ss.; M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, 27 e ss.; ID. *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004; V. MILITELLO, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 411 e ss.; C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale al cambio di secolo. L’analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, a cura di L. STORTONI – L. FOFFANI (a cura di), 239 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, 2004, Milano.

²¹² Per un rassegna delle più recenti posizioni dottrinali in seno al tema ambientale, in seguito alla riforma attuata con L. 22 maggio 2015 n. 68, si rinvia a G. CARUSO, *Ambiente (riforma dell’)*, in *Dig. Pen.*, Torino, 2016, *passim*.

²¹³ Si è, in altri termini, proprio nel contesto di quella “incertezza scientifica” di cui parla C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1743.

e, purtuttavia, cresce la differenza sull'attendibilità del sapere di tali sistemi; la scienza diventa riflessiva: crea nuovi rischi, lavora per contenerli e, nel contempo, ne partorisce di nuovi>>²¹⁴ nel contesto di quel processo circolare ben evocato dalla dizione "paradosso del bisogno di sicurezza".

Il medesimo concetto di rischio²¹⁵, da contrapporre al (e non da usare quale sinonimo di) pericolo, risulta figlio di una società che, segnata da un'incertezza per così dire 'genetica', finisce per dissolvere la fissità di alcuni concetti (si pensi a quello di evento o di causalità) rendendoli talmente inafferrabili e fumosi da svilirne il ruolo di rigore selettivo e tipizzante all'interno del diritto penale.

²¹⁴ U. BECK, *La società* cit.

²¹⁵ Invero si tratta di un concetto che ha assunto, in una prospettiva schiettamente giuridica, non solo significati ma anche ruoli diversi. Come nota M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999) tale concetto, importato dal terreno sociologico e divenuto una vera e propria area tematica attorno a cui sono fiorite le più svariate teoriche, è stato diversamente declinato in relazione alle istanze cui lo si voleva far rispondere; istanze repressive nei settori e nelle attività nelle quali più forte era avvertita l'esigenza di presidio penale (responsabilità medica, da prodotto, ecc.) e istanze di tipo individual-garantistico (*in primis* il principio di autoria personale) sul piano dei principi generali del diritto penale.

Quanto al valore epistemologico del concetto di rischio, va detto come quest'ultimo venga sovente presentato in parallelo ad un altro concetto, adiacente ma diverso: il concetto di pericolo (anche se in molte opere dottrinali i due concetti vengono invece spesso sovrapposti e confusi, sul presupposto di una mancanza di utilità nella loro distinzione, con ciò contribuendo ad alimentare una certa vaghezza foriera di incomprensioni ed equivoci che si riflettono sul piano della ricostruzione sistematica).

Invero si possono operare due distinzioni, una basata sul fondamento normativo, l'altra basata sulla genesi storica dei due concetti.

Infatti se il concetto di pericolo è ben noto al Legislatore del 1930 che, pur senza clausole definitorie, ne fa ampio uso nel Codice Rocco, il concetto di rischio è una costruzione del tutto dottrinale, la quale peraltro non riesce a guadagnare una stabilità di consensi in ordine al significato convenzionale da attribuirgli tale da farne un termine tecnico dotato di specificità propria nel linguaggio penalistico.

Sul piano storico invece si è notato che (si veda sul punto G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011, 162 e ss. e L. RAMPONI, *Introduzione*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2010) se il concetto di pericolo è figlio del positivismo ottocentesco – per il quale la valutazione di probabilità del verificarsi di un evento sfavorevole poggia su conoscenze scientifiche accertabili e costituisce comunque una situazione eccezionale, tendenzialmente dominale con le tecnologie acquisite – il concetto di rischio risulta perfettamente attagliato alla società post-moderna, assumendo le vesti quasi di condizione esistenziale ed ineliminabile della società attuale, volta non a dominare bensì ad allocare il rischio e le responsabilità per il caso di sua concretizzazione.

Con questo non si vuole certo condurre una cieca lotta a spada tratta in difesa di una ‘veterodogmatica’ che, in effetti, si dimostra disarmata dinnanzi alla <<normalità dei disastri tecnologici>>²¹⁶, ma neppure rimanere indifferenti ad una flessibilizzazione delle categorie classiche tale da deformarle completamente sino a renderle sostanzialmente vuote.

Questo breve scorcio storico – con tutte le approssimazioni che lo caratterizzano – si è reso funzionale a spiegare la ragione della dilatazione del reato omissivo improprio e, nel contempo, ad esplicitare una premessa d’indagine molto rilevante: nella società post-moderna, così fortemente normativizzata, la tradizionale dicotomia azione-omissione, in sé e per sé considerata, è divenuta oramai insoddisfacente ai fini processuali o comunque non idonea a ‘fotografare’ con esattezza la situazione concreta sottoposta al vaglio del giudice. I reali problemi sistematici ed epistemologici (in particolare quelli afferenti alla causalità della colpa, vero centro della ricerca) infatti affiorano in situazioni nelle quali le componenti negativo-normative dell’omissione si confondono con quelle della colpa, in modo non dissimile da quanto accade nei reati a sicura causazione commissiva ove tuttavia le componenti omissive della colpa risultino così assorbenti da avvicinare il modello commissivo a quello omissivo improprio.

Questa considerazione dovrebbe dunque render ragione del motivo per il quale si è ritenuto di indulgiare sul reato omissivo improprio, valutandone l’evoluzione storica e soprattutto evidenziandone le componenti strutturali: in altri termini il fine di questo capitolo, nell’ottica sistematica della ricerca proposta, è quello di evidenziare come una serie di componenti, che dal punto di vista statico-concettuale possono essere autonomamente isolate, vengano poi ad intrecciarsi con altre componenti, afferenti più propriamente alla colpa ed alla causalità, consegnando sì al giudice la reale dimensione del reato, ma propiziando contemporaneamente delle qualificazioni giuridiche del medesimo non sempre corrette e certamente lontane dal criterio distintivo fondamentale basato sulla dicotomia tra norme di comando e norme di divieto. Ci si riferisce in particolare

²¹⁶ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

alla tendenza a valorizzare le componenti omissive della colpa, per qualificare un reato certamente attivo come omissivo improprio²¹⁷; o, all'opposto, l'inclinazione a valorizzare determinate modalità di condotta per giungere alla qualificazione attiva di un reato che invece si presenta strutturalmente omissivo. E siffatta operazione di 'inversione', spesso non poi così inconsapevole, discende dalla volontà di superare difficoltà probatorie, sul presupposto che dalle differenti strutture dei reati possano discendere delle diverse regole e dei diversi standard di accertamento processuale.

Si pensi alla diffusa tendenza giurisprudenziale precedente alla sentenza Franzese, a ricostruire, nell'ambito medico-chirurgico, la condotta oggetto di imputazione per lo più in chiave omissiva: ora, posto che nella colpa è sempre insito un momento 'omissivo' consistente nella mancata osservanza di una regola cautelare (l'aver prescritto una cura errata implica sempre il non aver prescritto quella corretta), portare alle estreme conseguenze questo dato significherebbe negare del tutto cittadinanza giuridica ai fatti commissivi colposi, incentrando il significato della condotta solamente sul difetto di diligenza e nel suo imprimersi sull'evento. Il tutto risultava, peraltro, legato all'errato presupposto in base al quale sarebbero bastate mere probabilità in sede di indagine sulla causalità omissiva, per fondare l'imputazione oggettiva.

E, nel contempo, si pensi alla tendenza opposta, originatasi dopo la Franzese e tutt'ora in voga, a qualificare i medesimi fatti in chiave commissiva, sull'altrettanto errato presupposto che, una volta riconosciuta dalla storica sentenza l'identità di struttura epistemologica tra causalità attiva e omissiva, la *causalità della colpa* possa essere accertata, nel reato commissivo, mediante una flessione degli standard probatori²¹⁸.

E' evidente che le scelte di qualificazione, spesso lontane da un vero rigore tecnico-giuridico, vengono sovente guidate da valutazioni di carattere meramente

²¹⁷ Per una chiara esemplificazione della casistica alla quale ci si riferisce (nell'ambito del settore medico in particolare) si veda G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale* cit., 653 e ss.

²¹⁸ All'indagine di questi problemi è dedicato specificamente il Capitolo III.

probatorio, inclinando per l'opzione ermeneutica che presenti minori difficoltà ricostruttive nel momento dell'accertamento processuale.

Ecco allora che l'unico modo per trovare il 'filo di Arianna' in questo labirintico intreccio tra piano statico-dogmatico e dinamico-processuale si rivela essere una paziente ricostruzione dei singoli momenti in cui si snoda il tortuoso versante della causalità della colpa.

CAPITOLO III

Sezione I

LA CAUSALITÀ DELLA COLPA NELLA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA ALLA SENTENZA FRANZESE

Sommario: 1. *La crescente attenzione giurisprudenziale per il comportamento alternativo lecito: il problema inizia ad essere concettualmente isolato* - 2. *Causalità 'basica' v.s. 'causalità della colpa': il concetto di evento nel comportamento alternativo lecito* - 3. *La sentenza sul disastro di Sarno. Il comportamento alternativo lecito tra regole cautelari, evitabilità e concetto di evento* - 4. *Causalità della colpa: bastano "apprezzabili, significative probabilità di evitare l'evento"?*

1. La crescente attenzione giurisprudenziale per il comportamento alternativo lecito: il problema inizia ad essere concettualmente isolato

Come anticipato, la giurisprudenza più recente ha manifestato un più vivo interesse ed una maggiore attenzione al tema del comportamento alternativo lecito, sviluppandone le problematiche connesse sia con riferimento ai reati commissivi, sia con riferimento ai reati omissivi ed addirittura giungendo, proprio sulla scia della tripartizione – proposta da M. Donini – sulla quale ci si è già soffermati nel Capitolo I, a distinguere maggiormente tra profili omissivi della colpa e momenti propriamente oggettivi del reato omissivo.

Sull'affiorare dunque di tale maggiore attenzione concettuale nella giurisprudenza è utile soffermarsi prendendo in esame almeno due casi paradigmatici.

Il primo concerne una contestazione per lesioni gravi mossa nei confronti di un medico oculista in relazione ai tempi ed ai modi di un determinato intervento chirurgico²¹⁹.

Il secondo, molto più noto, riguarda invece il disastro di Sarno²²⁰.

2. Causalità 'basica' v.s. 'causalità della colpa': il concetto di evento nel comportamento alternativo lecito

Nella prima ipotesi una paziente, nel corso di un intervento, in seguito all'estrazione di una cataratta dall'occhio destro, si manifestava molto agitata; talmente tanto da impedire la corretta operazione di sutura. I medici operanti, dunque, si determinavano a richiedere il trasferimento immediato della paziente presso altra struttura onde poter effettuare detta sutura in condizioni di serenità. Tuttavia, nel corso del trasferimento sopraggiungeva un'emorragia che, comportando l'espulsione di tessuto oculare, portava la paziente a perdere la vista a quell'occhio.

Agli imputati veniva contestato di aver omesso di procedere con anestesia loco-regionale o totale pur essendosi manifestata la paziente - alla quale era stata somministrata solamente un'anestesia topica in gocce - agitata al punto da impedire la sutura. Questo, in sostanza, il profilo di colpa ritenuto eziologicamente rilevante per il prodursi dell'evento.

Gli imputati lamentavano nel loro ricorso che, anche laddove fosse stata somministrata un'anestesia totale, l'evento lesivo in concreto verificatosi sarebbe nondimeno intervenuto, sostenendo dunque l'insussistenza di un nesso tra la condotta colposa e l'evento *hic et nunc*.

²¹⁹ Cass. Pen. 9 giugno 2011, n. 28782, in *Riv. med. leg.*, 2012, 298 e ss.

²²⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, in *Foro. It.*, 2011, 9, II, 482 ss. Non è forse un caso che la sentenza presenti un siffatto approfondimento, se si pone mente al fatto che la penna dell'estensore sia quella del Dott. Carlo Brusco, dedicatosi all'approfondimento teorico del tema in C. BRUSCO, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012.

La Corte di cassazione, soffermandosi sulla rilevanza del tema del decorso alternativo ipotetico avente ad oggetto il comportamento diligente omesso, concentra la propria attenzione sull'evento di riferimento, evidenziando come l'evento prodottosi nel dinamismo reale non sarebbe stato coincidente con quello dedotto con il giudizio controfattuale per aggiunta mentale. Più nel dettaglio gli imputati rilevavano che anche se fosse stata praticata l'anestesia generale, non si sarebbe comunque evitato il verificarsi dell'evento in termini di elevata credibilità razionale. Ciò in quanto questo tipo di anestesia avrebbe richiesto necessariamente l'intubazione, la quale, a sua volta, è idonea a provocare un effetto espulsivo.

Gli ermellini, tuttavia, ritenevano tale censura non condivisibile, così argomentando: <<I giudici di merito hanno accertato sostanzialmente in termini di certezza che l'evento espulsivo si è verificato per due ragioni: la breccia lasciata aperta e il tempo decorso (un'ora e venti minuti) tra l'apertura della medesima e l'intervento dei medici dell'ospedale di Lecce. Se la breccia fosse stata chiusa (eventualmente previa anestesia generale) **“quell'evento”** non si sarebbe verificato e solo in termini congetturali possiamo ipotizzare che avrebbe potuto verificarsi un evento **analogo avente però una causa diversa**>> e, non essendovi dubbi sul fatto che il comportamento alternativo lecito consistesse proprio nel somministrare quella forma di anestesia, concludevano <<Il giudizio controfattuale sull'efficacia impeditiva della condotta richiesta deve compiersi in relazione al medesimo **evento che si è verificato e non facendo riferimento ad un evento diverso anche se analogo** nelle conseguenze [...] L'agente risponde infatti di ciò che ha cagionato e - salvo il caso in cui l'evento si sarebbe comunque verificato in relazione al **medesimo processo causale**, nei **medesimi tempi** e con la **stessa gravità o intensità** (si da poter dire che l'evento non era evitabile) - la responsabilità non è esclusa perché l'evento cagionato è diverso da quello alternativo che si sarebbe ugualmente e ipoteticamente verificato [...] L'agente risponde di quell'evento che ha provocato non di un altro evento ipotizzato anche se destinato a prodursi ugualmente. Nessuno sosterebbe che uccidere un

condannato a morte mentre sta per essere giustiziato non costituisca reato per mancanza del rapporto di causalità>>²²¹ (il grassetto è stato apposto da chi scrive).

Il passaggio dimostra una grande profondità teorica in tema di decorso alternativo lecito laddove connette il vaglio circa le potenzialità salvifiche del contegno diligente all'unico referente correttamente pertinente: l'evento concretamente verificatosi, descritto dalle sue modalità causali, dalla sua intensità e dalla sua tempistica (sempre che questa sia ovviamente apprezzabile): l'evento autenticamente *hic et nunc*.

Il tema così lambito è evidentemente quello della (ri)descrizione dell'evento; tema particolarmente problematico nelle ipotesi in cui vi sia stata una condotta attiva – foriera dunque di un certo dinamismo causale ‘reale’ o, per usare la terminologia in precedenza impiegata, una condotta che abbia immesso fattori attivi di rischio poi concretizzatisi nell'evento – in quanto, nel condurre il controfattuale, il referente finale (l'evento per l'appunto) sarà sempre più o meno diverso, anche per modalità meramente cronologiche, rispetto a quello storicamente verificatosi²²².

Sebbene la sentenza non distingua ancora, perlomeno espressamente, tra (1) una condotta omissiva *tout court*, (2) una condotta attiva ad assorbente componente omissiva e (3) una condotta attiva con prevalente incidenza colposa attiva, ha comunque il merito di far emergere un problema di non poco momento, evidenziando come nelle ipotesi *sub* (3) la ri-costruzione dell'evento nel giudizio controfattuale risulti condizionato dal fatto che la condotta commissiva, accompagnata da un profilo attivo di colpa, imprima una particolare ‘curvatura’ agli eventi; curvatura che si riversa sull'evento caratterizzandolo in modo del tutto peculiare. Ecco allora che nel condurre le inferenze logiche *contra-factum* alla ricerca della dimostrazione che l'evento si sarebbe comunque verificato, si richiede la massima acribia nel descrivere l'evento così come connotato dalle rimarchevoli peculiarità storiche; in difetto, come si è visto mediante la lettura di questo passaggio della sentenza, facile è il gioco nel ribattere che l'evento sul

²²¹ Cass. Pen. 9 giugno 2011, n. 28782, in *Riv. med. leg.*, 2012, 298 e ss.

²²² Cfr. G. CARUSO, *Gli equivoci cit.*, 268.

quale si è strutturato il decorso alternativo ipotetico è diverso da quello *hic et nunc* e pertanto inidoneo ad escludere la sussistenza del nesso tra la condotta colposa e l'evento²²³.

Del resto va notato che, pur con una minore cifra di problematicità, la stessa particolare attenzione nel ri-descrivere l'evento all'interno del giudizio alternativo ipotetico deve essere posta anche nel caso dei reati omissivi o dei reati attivi a componente colposa prevalentemente omissiva. Già nel 2003, infatti, nel commentare la (all'epoca da poco pronunciata) sentenza Franzese, P. Veneziani, con osservazione puntuale, avvertiva che: <<occorre domandarsi non se il comportamento alternativo lecito (es. effettuazione della terapia alfa, in realtà, in realtà non disposta dal medico, in violazione delle *leges artis*) avrebbe garantito la sopravvivenza del paziente, ma – più limitatamente – se quella condotta avrebbe ipoteticamente evitato quel concreto evento morte, da considerarsi nella sua specifica dimensione di luogo e di tempo, ossia *hic et nunc*. In questa prospettiva, può rilevare anche ciò che avrebbe solo ritardato la morte (purché in maniera significativa), ossia avrebbe garantito al paziente di sopravvivere per una misura di tempo apprezzabile rispetto al momento in cui la morte si è effettivamente verificata>>²²⁴.

Invero sembra che, solo laddove vi sia, mediante la condotta, una vera e propria immissione di elementi causali reali, l'evento possa caratterizzarsi così fortemente dalla particolare direzione eziologica impressagli; e tuttavia non si disconosce nemmeno come una corretta ri-descrizione dell'evento nell'ambito dei reati omissivi risulti funzionale a garantire una maggiore rispondenza al principio di responsabilità per fatto proprio, laddove si consideri che maggiore è la

²²³ Analoghe considerazioni vengono svolte da G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 268, il quale parlando di "camicia di forza" usa un'espressione plastica che ben rende l'idea di quella curvatura impressa dalla condotta all'evento di cui si diceva nel corpo di testo: <<In questo caso, la condotta attiva imprime di per sé alcune 'tracce' indelebili nella caratterizzazione dell'evento prodottosi, costringendo l'argomentazione controfattuale a 'indossare' quasi una camicia di forza cucita su misura sulla 'taglia' che presenta l'evento concretamente verificatosi e direttamente prodotto dalla condotta>>.

²²⁴ P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 122. L'Autore sviluppa il ragionamento riportato nel corpo di testo secondo una chiara finalità garantista: è evidente che così restringendo il cono prospettico dell'evento laddove si ritenga sussistente una connessione tra condotta colposa ed evento questa non potrà che far accedere ad una vera e propria ascrizione dell'evento per fatto proprio.

precisione nell'individuare il referente della condotta omissiva (l'evento) tanto maggiore sarà la delimitazione tipizzante del fatto imputabile all'agente.

Ad ogni modo, come detto, la sentenza in commento ha avuto il sicuro pregio di porre in risalto questo delicato aspetto nella tematica relativa all'accertamento dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito.

3. La sentenza sul disastro di Sarno. Il comportamento alternativo lecito tra regole cautelari, evitabilità e concetto di evento.

Il secondo arresto che si ritiene prezioso nel far constatare l'emersione di una sempre maggiore attenzione per il tema del c.d. secondo livello della causalità della colpa (l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito) è relativa al tragicamente noto episodio del disastro di Sarno.

I giudici di legittimità, giungono, in questa pronuncia a considerare apertamente il tema prendendo posizione sullo stesso.

Il caso di specie veniva incardinato dalla Pubblica Accusa imputando al Sindaco ed ad un assessore del comune campano (i quali avevano cooperato nella gestione dell'emergenza originata dalla frana) di non aver provveduto tempestivamente all'evacuazione delle aree esposte a rischio, in seguito a importanti fenomeni temporaleschi su di esse insistenti e sulle quali vennero ad imbattersi poi le catastrofiche colate di fango.

La sentenza si sofferma con un approfondimento non comune - per quanto qui di interesse - da un lato sulla distinzione tra causalità commissiva e omissiva, dall'altro sui canoni del giudizio di evitabilità.

Con riguardo alla prima tematica la Corte afferma: «In astratto la distinzione tra causalità commissiva e causalità omissiva è del tutto chiara: nella prima viene violato un divieto, nella seconda è un comando ad essere violato. Spesso (in particolare nella responsabilità professionale medica, ma anche in altri settori della responsabilità) viene ritenuta omissiva una condotta che non lo è anche se le conseguenze pratiche non sono di grande rilevanza. Questa confusione

è anche ricollegata alla circostanza che coloro che pongono in essere la condotta sono in genere gravati di una posizione di garanzia; ed inoltre sono ben pochi i casi nei quali la condotta cui riferire l'evento dannoso è esclusivamente attiva (il chirurgo ha inavvertitamente tagliato un vaso durante l'intervento) o passiva (il medico ha colposamente ommesso di ricoverare il paziente). Nella stragrande maggioranza dei casi sono presenti condotte attive e passive che interagiscono tra di loro rendendo ancor più difficile l'accertamento della natura della causalità. È peraltro opportuno accogliere l'invito di quegli autori che esortano a non confondere tra il reato omissivo e le componenti omissive della colpa: i casi del medico che adotta una terapia errata (e quindi omette di somministrare quella corretta) o che dimette anticipatamente il paziente (e quindi omette di continuare a curarlo in ambito ospedaliero) non rientrano nella causalità omissiva ma in quella attiva [...] Si è detto, da parte di un Autore, che i medici che hanno sbagliato diagnosi e terapia “non hanno violato un comando penale, bensì solo un divieto di cagionare (o contribuito a cagionare, si trattasse anche solo di accelerare) lesioni o morte con negligenza, imperizia o imprudenza». Il medesimo Autore [...] precisa efficacemente che “l'omissione di cui all'art. 40 cpv. c.p., infatti, non è un'omissione di cautele, ma - più radicalmente e specificamente - un ommesso impedimento>>²²⁵.

E' evidente che l'estensore nel tracciare una distinzione quanto mai precisa delle ipotesi attive e di quelle omissive, invitando a non confondere gli aspetti negativi della colpa con l'omissione vera e propria, si riferisce all'elaborazione teorica di Massimo Donini²²⁶; quella stessa elaborazione in base alla quale, nel delineare la tripartizione in precedenza riportata, si sono sviluppati gli argomenti sino ad ora dischiusi nel presente lavoro.

La Corte di nomofilachia poi prosegue con un'ulteriore chiarificazione in materia molto interessante. In particolare l'estensore osserva come siano andati nel tempo affinandosi i criteri volti a stabilire la natura attiva o, al contrario, omissiva di una condotta, per lo più, nell'ambito della responsabilità medico-

²²⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, cit.

²²⁶ Cfr. M. DONINI, voce *Imputazione*, cit., 677-678.

chirurgica, concludendo che, proprio in forza di questo progressivo affinamento è possibile affermare che una condotta sia attiva laddove questa abbia <<introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi>> mentre è da qualificarsi come omissiva <<la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente>>²²⁷.

La Corte si affretta però a chiarire, volendo scongiurare l'eventualità che l'assonanza terminologica possa ingenerare equivoci, che il riferimento al concetto di rischio non deve far pensare ad un ragionamento che si iscriva nell'ambito delle teoriche – apertamente rifiutate e definite come non condivisibili – del mero aumento del rischio. Tutt'al contrario la Corte di legittimità precisa che una tale ricostruzione si volge solamente a tener conto della <<introduzione di un fattore causale che ha certamente cagionato, o contribuito a cagionare, l'evento>>²²⁸.

Inoltre la Corte, cogliendo i frutti del ragionamento, specifica che quell'elemento (o fattore, che dir si voglia) di rischio attivo, introdotto dall'agente nel reale dinamismo degli eventi, deve avere avuto una effettiva efficacia causale, posto che in difetto, laddove cioè il fattore di rischio si riveli eziologicamente irrilevante, si deve escludere il carattere attivo della condotta²²⁹.

Alla luce di quanto detto emerge, dunque, una del tutto peculiare attenzione per la distinzione – resa sempre più complessa dall'inarrestabile evoluzione tecnologica – tra azione ed omissione, dalla quale traspare l'ancor più importante comprensione dello stretto legame intercorrente tra la qualificazione della condotta e le problematiche sollevate dalla verifica delle potenzialità 'salvifiche' del comportamento alternativo lecito.

²²⁷ Cfr. ancora Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2010, n. 16761, cit..

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ La Corte, per rendere più chiaro e prontamente tangibile il concetto, delinea l'esempio di un medico che non ricoveri il paziente, non avvedendosi della grave patologia che lo affligge, e gli somministri un blando analgesico, concludendo che ciò non sarebbe sufficiente a trasformare la causalità omissiva in causalità commissiva, posto che, all'evidenza, il blando analgesico pur somministrato non ha introdotto alcuna modificazione del dinamismo eziologico derivante da un rischio promanante *aliunde*.

La sentenza, del resto, quanto a questo secondo aspetto non smentisce la precisione e l'approfondimento sino ad ora dimostrato.

Va infatti evidenziato che, a dispetto di un *abitus* comunemente impiegato nella giurisprudenza (di merito e di legittimità), la sentenza in commento mostra il pregio di evidenziare che il tema dell'evitabilità (da inquadrarsi, a questo punto lo si anticipa, nella dimensione oggettiva della colpa declinata proprio come 'causalità della colpa') non può essere semplicemente innestato in quello della causalità (con la quale pur condivide lo statuto epistemologico), né essere *sic et simpliciter* ricondotto a quello della regola cautelare²³⁰: come ben nota Gabriele Civello <<un conto è, infatti, affermare che la causalità della colpa debba essere *trattata ed accertata* con un metodo analogo a quello eziologico-materiale [...] un altro conto è *identificare* la condotta alternativa diligente con il semplice obbligo giuridico di impedire l'evento (nei reati omissivi) e con la condotta *ottemperante* al precetto cautelare (in tutti i reati, commissivi ed omissivi), come è dato rilevare nella nostra quotidiana esperienza giudiziaria>>²³¹.

L'incedere argomentativo della parte motiva ripartisce infatti, per chiarezza espositiva, la tematica in due paragrafi: uno dedicato al comportamento alternativo lecito, l'altro più precisamente all'evitabilità.

Quanto al primo paragrafo la Corte così esordisce: <<Si è già accennato come non sia sufficiente che l'agente abbia violato la regola cautelare, che questa violazione abbia cagionato l'evento e che quel tipo di evento fosse ricompreso nella previsione della norma cautelare. È necessario che venga individuata anche la condotta ('comportamento alternativo lecito', ma in dottrina vi è chi preferisce denominarlo 'comportamento alternativo diligente') che, se posta in essere, avrebbe evitato il verificarsi dell'evento; l'evento dunque non solo deve essere prevedibile²³² ma altresì evitabile o prevenibile>>²³³. Posta questa premessa

²³⁰ Per un avvertimento circa i rischi di una confusione tra piano cautelare e piano dell'evitabilità cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza* cit., 385.

²³¹ G. CIVELLO, *La "colpa eventuale"*, cit., 251 (i corsivi sono originali).

²³² Quanto al profilo attinente alla prevedibilità (da non confondere con la prevenibilità) la sentenza si manifesta invece suscettibile di molteplici critiche sostanzialmente adottando il modello del *words-case analysis*. Si vedano sul punto D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, 2012, 34; V. ATTILI, *L'agente*

l'estensore chiarisce però che il comportamento alternativo lecito non deve essere identificato con la mera condotta osservante della regola cautelare, come semplice speculare negativo della contrapposta condotta inosservante delle medesime regole, bensì una <<condotta che, se posta in essere, sarebbe stata idonea ad evitare l'evento>>²³⁴. In questo modo la Corte di nomofilachia sottolinea come il comportamento alternativo lecito rappresenti qualcosa di diverso dalla mera ripetizione della regola cautelare formulata in astratto, dovendo concretizzarsi in quel contegno che nel caso di specie sarebbe stato idoneo a prevenire l'evento (semmai poi si discuterà, sul piano soggettivo, dell'esigibilità di una tal condotta).

Per esplicitare ancor meglio il concetto i giudici della IV sezione propongono un esempio (anche se invero non del tutto calzante²³⁵): <<se l'automobilista percorre la sua corsia di marcia e si avvede che altro automobilista percorre in senso inverso la sua corsia non è sufficiente che adotti una condotta osservante - per es. fermarsi - ma è necessario che adotti quella che, in quella situazione, gli consente di evitare l'urto tra i due veicoli (per es. invadere l'altra corsia se libera) [...] Come si è già accennato è dunque l'evitabilità dell'evento, ancor più della sua prevedibilità (che ne costituisce il presupposto), che indirizza la formazione della regola cautelare secondo criteri sociali o giuridici; se esiste il pericolo o il rischio di un evento che può essere immaginato, la regola cautelare sarà formulata in relazione a questo rischio ma la sua concreta definizione non potrà che avvenire in base alla concreta possibilità che questa regola, se osservata, sia idonea ad evitare l'evento>>²³⁶.

modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione? in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240 e ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, III; ID, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, IV, 1692; per una critica più specifica e dettagliata a questo profilo della pronuncia di cassazione sul disastro di Sarno cfr. G. CIVELLO, *op. ult. cit.*, 141 e ss.

²³³ Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2010 n. 16761 cit.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Cfr. G. CIVELLO, *La "colpa eventuale"* cit., 252.

²³⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2010 n. 16761 cit.

La Corte, inoltre, si spinge sino ad isolare il concetto di causalità della colpa anche in seno al reato omissivo improprio, ma sembra, in questo passaggio, che la Corte stessa cada in una sovrapposizione di piani: non la stessa che ricorre nella giurisprudenza tra causalità materiale e causalità della colpa, bensì tra causalità della colpa (afferente un momento oggettivo della colpa) ed esigibilità (afferente più propriamente al segmento soggettivo dell'evitabilità)²³⁷. Quest'ultima, infatti, condividendo la struttura epistemologica (non della causalità, bensì) della prevedibilità andrebbe accertata secondo un giudizio *ex ante* e non secondo un giudizio *ex post* che invece si addice alla causalità della colpa.

L'estensore infatti afferma: <<Va segnalato che, secondo un'opinione dottrinale, la verifica se il rispetto della regola cautelare avrebbe di fatto impedito il verificarsi dell'evento "coincide totalmente, nell'ambito della responsabilità omissiva, con quella relativa al nesso causale tra omissione ed evento", mentre l'accertamento avrebbe una sua autonomia nel caso della causalità commissiva [...] Ma questa tesi non sembra condivisibile. Sotto il profilo causale il giudice deve accertare se quell'omissione ha avuto efficienza causale nel cagionare l'evento; se questo accertamento ha esito positivo (il medico non è intervenuto per suturare la ferita dell'infortunato) occorre poi verificare se l'agente poteva porre in essere la condotta salvifica. Il primo aspetto riguarda la causalità; il secondo l'elemento soggettivo perché l'intervento omesso poteva non essere esigibile dal medico (per es. perché non disponeva dei mezzi necessari per l'intervento)>>.

Ad ogni modo, ed indipendentemente dalla collocazione dogmatica che ne fa la Corte, preme evidenziare come la più recente giurisprudenza manifesti una viva attenzione alle più complesse articolazioni della struttura del reato nell'affrontare il tema in oggetto e profonda seri sforzi nell'isolare i concetti di causalità 'basica' e 'causalità della colpa': Sforzo ben visibile nell'ulteriore paragrafo sull'evitabilità lungo il quale si snoda la parte motiva della sentenza: <<2. *L'evitabilità dell'evento*. La evitabilità o prevenibilità dell'evento viene comunemente riferita all'elemento soggettivo del reato. Si dice: non può essere

²³⁷ Per una tale distinzione si veda *infra*.

ritenuto in colpa chi abbia violato regole di cautela astrattamente idonee ad impedire il verificarsi di un evento se questo evento era comunque destinato a prodursi. Non è dunque sufficiente che l'evento sia stato cagionato da una condotta colposa ma è necessario accertare quale diversa condotta, rispettosa delle regole cautelari, sarebbe stata idonea ad impedire il verificarsi dell'evento [...] **In realtà, l'evitabilità riguarda sia l'elemento oggettivo del reato** - l'evento appunto - **sia l'aspetto soggettivo di esso** [...] **Sotto il primo profilo** (quello oggettivo) deve osservarsi che se, **con valutazione ex post, si verifica che l'evento** - anche per l'esistenza di caratteristiche del caso non conoscibili in precedenza - **non era comunque evitabile**, anche se fosse stata posta in essere una condotta esente da colpa, **vuol dire che la condotta colposa non ha avuto efficacia causale (nel senso che difetta la causalità della colpa)** perché l'evento era oggettivamente inevitabile e quindi l'esonero da responsabilità si verifica indipendentemente dai processi conoscitivi e volitivi dell'agente e dal loro contenuto (è infatti irrilevante che l'agente conoscesse che l'evento era inevitabile) così come è privo di rilievo che l'inevitabilità dell'evento fosse conoscibile prima o dopo che si è verificato>>²³⁸.

E' evidente allora che la Corte, precisando meglio quanto detto in precedenza, individua - si ritiene correttamente - la causalità della colpa quale momento oggettivo dell'evitabilità. Ed in quanto tale ne propugna un accertamento *ex post* funzionale ad attribuire o meno efficacia causale alla condotta in quanto colposa.

Infine la sentenza non manca di porsi il problema circa la rilevanza dell'evento *hic et nunc* in ordine alla verifica di potenzialità salvifica del comportamento alternativo lecito, avvertendo chiaramente: <<Non bisogna però confondere i casi nei quali l'osservanza della regola cautelare non sarebbe stata comunque idonea ad evitare il verificarsi di *'quello' specifico evento* (per es. il chirurgo esegue impropriamente un intervento chirurgico che comunque non avrebbe potuto salvare la vita del paziente) dai casi nei quali *l'evento finale non era evitabile ma, in concreto, è stato cagionato da una diversa causa*

²³⁸ Cass. Pen., sez. IV, 11 marzo 2010 n. 16761 cit.

(nell'esempio del chirurgo si può fare l'ipotesi in cui l'agente tagli inavvertitamente un vaso provocando la morte del paziente che comunque non era evitabile per la gravità della malattia; si pensi ancora al caso della errata somministrazione di una medicina con esito mortale quando la morte comunque sarebbe conseguita alla somministrazione del farmaco prescritto per la incolpevolmente non conosciuta intolleranza del paziente)>>²³⁹. La Corte, dunque, su tale premessa, conclude sostenendo che in quest'ultimo caso, in realtà, la morte del paziente è stata prodotta attraverso un dinamismo causale differente da quello che l'avrebbe comunque, inevitabilmente, prodotta, esattamente come nel caso di scuola (invero costruito su un'ipotesi dolosa) in cui Tizio spari al condannato a pena capitale nel momento in cui il boia sta operando per provocarne la morte. Infatti, continua la Corte (con un esempio questa volta più calzante): <<Un conto è eseguire impropriamente un intervento chirurgico che non avrebbe comunque potuto avere esito favorevole (per es. il chirurgo non riesce ad arrestare un'emorragia [...]); un altro conto è *provocare la morte per una diversa causa* (per es. somministrando una dose eccessiva di anestetico)>>²⁴⁰.

In definitiva, l'estensore della sentenza di Sarno, quasi confutando tra le righe la nota asserzione del primo Arthur Kaufmann²⁴¹, afferma che anche chi è

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ Celeberrima la criticata – tanto da essere dallo stesso autore ricalibrata in lavori successivi – espressione in forza della quale il diritto penale non dovrebbe curarsi di coloro che rechino già in sé il <<germe del danno>> (ART. KAUFMANN, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, in *Fest. E. Schmidt*, 1961, 230. Per le critiche che avrebbe attirato la soluzione di Arthur Kaufmann, e la sostanziale ritrattazione delle posizioni originarie, cfr. A.R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., 129 ss., nonché G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 266. Il tema principale del pensiero di Kaufmann può riassumersi come segue: la causazione a titolo doloso o colposo dell'evento tipico non è requisito sufficiente, anche se necessario, dell'imputazione; se il bene giuridico tutelato portava in sé "il germe del danno", era cioè inevitabilmente compromesso e, "secondo una valutazione umana", destinato a essere leso indipendentemente dal comportamento dell'autore, mancherà il disvalore di evento (ART. KAUFMANN, *Die Bedeutung*, cit., 229). Conseguentemente, mentre nel delitto colposo, dove non è punito il tentativo, l'agente sarà assolto, in quello doloso l'esistenza del solo *Aktunwert* comporterà l'applicazione della pena, eventualmente diminuita in relazione alle caratteristiche concrete dell'azione intrapresa, al modo del delitto tentato. In un momento successivo, Arthur Kaufmann avrebbe abbandonato l'idea della rilevanza dei decorsi ipotetici nell'evenienza del verificarsi successivo dell'analogo risultato, concentrando l'esclusione dell'*Erfolgswert* alle sole ipotesi in cui il comportamento doloso o colposo avesse prodotto una lesione del bene di *uguale*

destinato a morire ha diritto a veder tutelata la propria vita. Ciò, del resto non significa che dovrà essere ritenuto per forza responsabile chi non si sia sufficientemente attivato nel pur impossibile risultato di salvare la vita al paziente, ma che lo potrà certamente essere <<chi gliela toglie in esito ad una condotta che pone in essere un processo causale diverso>>²⁴².

Emerge dunque come la Corte di cassazione abbia ben inteso la rilevanza della ri-descrizione dell'evento nel condurre l'accertamento circa l'evitabilità dello stesso mediante il comportamento alternativo lecito. Deve trattarsi, come già sopra chiarito, dell'evento *hic et nunc*.

Va tuttavia chiarito che con tale espressione non si vuole indicare una assoluta e totale identità di evento, posto che ciò non sarebbe mai possibile in *rerum natura* essendo i fenomeni, anche più simili, sempre diversi in alcune specifiche connotazioni. Piuttosto il senso di una tale espressione è quello di escludere l'assimilazione all'evento in concreto verificatosi di accadimenti che, pur compresi nello stesso genere classificatorio (morte, lesione, ecc.) differiscano per dinamismo eziologico, o per modalità temporali o per intensità lesiva²⁴³.

Le sentenze ora analizzate - sia pur isolando solamente gli snodi argomentativi di interesse per la ricerca - evidenziano come da un lato la (ri)descrizione dell'evento nelle sue rimarchevoli peculiarità concrete e, dall'altro,

intensità (anche sotto il profilo temporale) confrontata con la realizzazione ipotetica; per tale seconda posizione, fondata sulla sostanziale 'identità' dell'evento, cfr. ART. KAUFMANN, *Kritisches zur Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, in *Fest. R. Honig*, cit., 270 ss.

²⁴² *Ibidem*

²⁴³ La sentenza invero si esprime in questi termini, chiarendo che non sono certo ipotesi di evento *hic et nunc*: <<i>casi in cui l'inosservanza delle regole cautelari ha provocato un evento diverso e più grave ovvero un anticipato (in misura non irrilevante) verificarsi dell'evento: in questo caso l'evento è diverso e la sua maggior gravità (o la sua anticipazione) realizza, se colpevole, gli elementi costitutivi del reato>>. Secondo la Corte infatti, il rapporto causale, <<sia nella causalità commissiva che in quella omissiva, va riferito non solo al verificarsi dell'evento prodottosi, ma anche [...] alla *natura e ai tempi dell'offesa* e dunque deve essere riconosciuto non solo nei casi in cui sia provato che l'intervento doveroso omesso (o quello corretto in luogo di quello compiuto nella causalità commissiva) avrebbe evitato il prodursi dell'evento in concreto verificatosi, o ne avrebbe cagionato uno di intensità lesiva inferiore, ma altresì nei casi in cui sia provato che l'evento si sarebbe verificato in tempi significativamente (non minuti od ore) più lontani>>.

la corretta individuazione del comportamento alternativo lecito nel dispiegarsi del giudizio controfattuale funzionale all'accertamento dell'evitabilità rappresentino i poli problematici attorno ai quali ruota la tematica della causalità della colpa.

Un'ultima pronuncia permetterà di porre in luce, prima in impegnarsi nell'inquadramento dogmatico, un altro elemento di problematicità, denunciando la sostanzialmente unanime posizione giurisprudenziale in punto dinamico-processuale.

4. Causalità della colpa: bastano “apprezzabili, significative probabilità di evitare l'evento”?

L'arresto giurisprudenziale²⁴⁴ riguarda un caso di omicidio colposo per violazione delle regole cautelari dettate nell'ambito della circolazione stradale, in relazione al quale la Corte svolge <<un'interessante *actio finium regundorum* tra 'causalità basica' e 'causalità della colpa'>>²⁴⁵.

L'imputato, alla guida di un'auto, percorreva la propria carreggiata di pertinenza alla velocità di circa 74 km orari e, giunto in prossimità di un incrocio, vista accendersi la luce semaforica verde, proseguiva la marcia senza rallentare. Sennonché, circa al centro del crocevia, collideva con un ciclomotore condotto dalla persona offesa, la quale riportava lesioni letali.

All'imputato veniva mosso di conseguenza l'addebito colposo di aver impegnato l'incrocio ad una velocità superiore a quella consentita (50 km orari) e, comunque, di aver tenuto un'andatura non adeguatamente moderata in prossimità dell'intersezione. Il primo giudice, ritenendo fondato il profilo di colpa contestato ed attribuendo alla vittima un concorso di colpa valutato nella misura del 70%, condannava l'imputato per il reato lui ascritto nel capo d'imputazione.

²⁴⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 6 luglio 2007, n. 37606, in *Resp. civile e previdenza*, 2008, II, 444.

²⁴⁵ G. CARUSO, *Gli equivoci cit.*, 273.

La Corte d'appello, invece, ribaltava la sentenza di prime cure ritenendo indimostrato il 'nesso causale' tra la violazione del limite di velocità e l'evento mortale.

La Corte di cassazione, nell'annullare la sentenza di secondo grado, presenta un incedere logico molto interessante ai nostri fini in quanto risulta tanto perspicua nel distinguere la causalità 'basica' dalla causalità della colpa, quanto 'miope' nel richiedere un rigore di accertamento inferiore a quello richiesto graniticamente in ambito *lato sensu* causale.

La Corte nomofilattica in prima battuta lamenta la sovrapposizione operata dal giudice di primo grado tra la causalità materiale e la causalità della colpa, affermando: <<la Corte erra pure nell'inquadrare il ragionamento causale. Essa era chiamata a rispondere alla domanda se una condotta di guida appropriata e quindi meno veloce da parte dell'imputato avrebbe potuto realmente condurre a scongiurare l'evento. Tale quesito viene impostato, per quel che sembra d'intendere, come un problema di causalità materiale. Tale approccio non può essere condiviso. Infatti, l'imputato stesso ha investito la vittima e non si è dunque in presenza di una condotta radicalmente omissiva bensì attiva, che attraverso l'urto ha determinato il decesso della vittima. In un caso del genere il nesso di causalità fisica rilevante ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p. non è seriamente in discussione>>²⁴⁶.

Sin qui il *dictum* della Corte sembra ineccepibile, poiché evidenzia correttamente l'estraneità del problema naturalistico ai fini della risoluzione del caso *de quo*; tuttavia la motivazione prosegue introducendo un divaricazione epistemologica nell'accertamento del nesso causale tra colpa ed evento in relazione al fatto che si tratti di azione ed omissione: <<Diversa, naturalmente, sarebbe stata la situazione nel caso in cui si fosse considerata una condotta omissiva del conducente: in una tale eventualità, infatti, l'interrogativo sugli effetti di una condotta di guida prudente avrebbe propriamente riguardato il primo ideale gradino del processo di imputazione, che riguarda appunto la dimostrazione del nesso eziologico tra condotta omissiva ed evento. In tale ultima situazione, il

²⁴⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 6 luglio 2007, n. 37606 cit.

nesso causale avrebbe potuto ritenersi dimostrato solo ove vi fosse la ragionevole, umana certezza che un conducente avveduto, nelle condizioni date, avrebbe evitato l'evento letale [...]>>>²⁴⁷.

Pare dunque di capire che se la condotta contestata sia omissiva, il giudizio circa l'evitabilità dell'evento mediante la condotta alternativa lecita venga sostanzialmente assorbito dal giudizio sul nesso causale con la conseguenza che, dibattendosi allora di connessione eziologica, la prova deve raggiungere lo standard individuato dalla sentenza Franzese: la credibilità logico-razionale confinante con la certezza. Conclusione questa sulla quale si può senza dubbio convenire.

Laddove invece la condotta sia attiva, potendosi più agevolmente distinguere causalità reale e causalità della colpa, sembra di capire che la Corte ritenga sufficiente uno standard probatorio più basso.

Il punto è di tutto rilievo, ma lo si lasci per il momento quiescente in modo da poter seguire gli sviluppi della parte motiva e riprenderlo nella parte finale laddove un tale orientamento verrà chiaramente esplicitato.

La Corte prosegue con un pregevole approfondimento nella distinzione tra il piano naturalistico e quello normativo della causalità affermando: <<Dunque, il nesso causale è nel caso in esame dimostrato con caratteri di evidenza, che non abbisognano di ulteriore sottolineatura. Tuttavia il processo propone un rilevante problema eziologico che riguarda [...] il distinto tema della cosiddetta causalità della colpa. Come è ben noto, da qualunque punto di vista si guardi alla colpa, la prevedibilità ed evitabilità del fatto svolgono un articolato ruolo fondante: sono all'origine delle norme cautelari e sono inoltre alla base del giudizio di rimprovero personale. In particolare, per quel che qui maggiormente interessa, l'art. 43 c.p. reca una formula ricca di significato: il delitto è colposo quando l'evento non è voluto e "si verifica *a causa* di negligenza o imprudenza o imperizia" [...]>>>²⁴⁸.

Quindi, la Suprema Corte passa a tratteggiare con chiarezza cristallina i due 'livelli' (o le 'due dimensioni') della c.d. causalità della colpa.

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ *Ibidem*.

Quanto al primo momento della causalità della colpa il Collegio di legittimità afferma: <<Viene così chiaramente in luce, e con forza, il già richiamato profilo causale della colpa, che si estrinseca in diverse direzioni [...] la responsabilità colposa non si estende a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione della norma, ma è limitata ai risultati che *la norma stessa mira a prevenire*. Tale esigenza conferma l'importante ruolo della prevedibilità e prevenibilità nell'individuazione delle norme cautelari alla cui stregua va compiuto il giudizio ai fini della configurazione del profilo oggettivo della colpa. Si tratta di identificare una norma specifica, avente natura cautelare, posta a presidio della verifica di un altrettanto specifico evento, sulla base delle conoscenze che all'epoca della creazione della regola consentivano di porre la relazione causale tra condotte e risultati temuti; e di identificare misure atte a scongiurare o attenuare il rischio. L'accadimento verificatosi deve cioè *essere proprio tra quelli che la norma di condotta tendeva ad evitare, deve costituire la concretizzazione del rischio*. L'individuazione di tale nesso consente di sfuggire al pericolo di una connessione meramente oggettiva tra regola violata ed evento>>²⁴⁹.

Quanto al secondo livello la sentenza asserisce: <<Ma il profilo causale della colpa si mostra anche da un altro punto di vista che attiene più immediatamente al momento del rimprovero personale. Affermare, come afferma l'art. 43 c.p., che per aversi colpa l'evento deve essere stato causato da una condotta soggettivamente riprovevole implica che l'indicato nesso eziologico non si configura quando una condotta appropriata (il cosiddetto comportamento alternativo lecito) non avrebbe comunque evitato l'evento. Si ritiene da più parti, condivisibilmente, che non sarebbe razionale pretendere, fondando poi su di esso un giudizio di rimproverabilità, un comportamento che sarebbe comunque inidoneo ad evitare il risultato antiggiuridico. Tale assunto rende evidente la forte connessione esistente in molti casi tra le problematiche sulla colpa e quelle sull'imputazione causale. Infatti, non di rado le valutazioni che riguardano lo sviluppo causale si riverberano sul giudizio di evitabilità in concreto. Tuttavia

²⁴⁹ *Ibidem*.

poiché, come si è già evidenziato, nel caso in esame il profilo squisitamente causale può ritenersi superato, la causalità di cui qui si parla è appunto quella della colpa>>.

Questa parte della sentenza merita certamente un plauso per chiarezza e per capacità di discernimento tra i due aspetti causali; tuttavia, come anticipato, la parte che segue pone in chiara luce un momento davvero problematico sulla vita dinamica della causalità della colpa (*recte*: sull'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito).

La Corte afferma infatti, con riferimento alla causalità della colpa nei reati commissivi a componente colposa attiva (per usare i paradigmi tracciati nel corso della ricerca) che: <<Essa si configura non solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l'esito antiggiuridico, **ma anche quando una condotta appropriata aveva - sic: avrebbe avuto - apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno**. Su tale assunto la riflessione giuridica è sostanzialmente concorde, dovendosi registrare solo differenti sfumature in ordine al livello di probabilità richiesto per ritenere l'evitabilità dell'evento. In ogni caso, non si dubita che sarebbe irrazionale rinunciare a muovere l'addebito colposo nel caso in cui l'agente abbia ommesso di tenere una condotta osservante delle prescritte cautele che, sebbene non certamente risolutiva, avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verificazione dell'evento o (per dirla in altri, equivalenti termini) avrebbe avuto **significative, non trascurabili probabilità** di salvare il bene protetto>>²⁵⁰.

Orbene, dinanzi a tali affermazioni di chiusura il dubbio prima solamente adombrato e rimasto quiescente si fa ora molto concreto e stringente: sulla base di un pur corretta e fondamentale distinzione tra condotte attive ed omissive - ed a valle di una concettualmente corretta individuazione delle aree di rispettiva autonomia delle due forme di connessine eziologica della condotta all'evento (naturalistica e normativa) - la cassazione viene a riproporre sul piano dell'accertamento dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito (*id est*: la causalità della colpa *stricto sensu* intesa) i paradigmi

²⁵⁰ *Ibidem*.

probabilistici disconosciuti proprio da quella stessa sentenza (la Franzese sulla quale ci si è in precedenza dilungati²⁵¹) alla quale ci si richiama per fondare il giudizio (di struttura epistemologica identica) di causalità ‘basica’.

In sostanza non ci si azzarda nemmeno a dire che nel reato omissivo, laddove il nesso normativo si risolve nell’accertamento causale ‘basico’, la verifica di evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito possa assumere uno rigore probatorio inferiore alla probabilità logico-razionale confinante con la certezza. Ma, laddove ad essere in discussione sia un reato commissivo i cui profili di colpa abbiano immesso nel dinamismo degli eventi fattori attivi di rischio (le condotte in precedenza definite *sub 3*), accertata la causalità basica, il legame normativo tra condotta colposa ed evento potrebbe, a seguire l’orientamento giurisprudenziale maggioritario, anche flettersi ed assestarsi su standard meno rigorosi.

Ciò posto, ed evidenziando che sul punto molteplici sono anche le opinioni della dottrina, sembra opportuno abbandonare il campo giurisprudenziale e spostarsi su quello dogmatico al fine di comprendere se queste flessioni del rigore probatorio possano avere addentellati sistematici solidi o se, per converso, riposino esclusivamente su (pur apprezzabili) esigenze di cautela applicativa, opportunità politico-criminale o ancora difficoltà probatorie.

Da un lato infatti tali prese di posizione della giurisprudenza denotano sia una maturata coscienza critica circa la complessità del tema *lato sensu* causale e della sua articolazione interna tra imputazione del fatto sul piano oggettivo e coefficienti oggettivi del giudizio di colpa, sia una maggiore consapevolezza dell’esigenza di distinguere, nell’ambito del fatto colposo, il ruolo dell’evitabilità dell’evento nelle tre ipotesi classificatorie in precedenza indicate (illecito omissivo improprio [ipotesi *sub 1*]), illecito commissivo colposo con violazione cautelare ad assorbente componente omissiva [ipotesi *sub 2*] e illecito commissivo colposo con violazione cautelare direttamente produttiva dell’evento *hic et nunc* [ipotesi *sub 3*]).

²⁵¹ Cfr. Cap. I, par. 5.

Dall'altro emerge limpidamente in giurisprudenza che se nei casi *sub* 1) e 2) ogni flessione del rigore dell'accertamento causale attraverso la 'prova di torsione' del comportamento alternativo lecito si rivela inaccettabile, poiché l'accertamento 'dinamico-processuale' coinvolge un ingrediente essenziale del fatto tipico (la c.d. 'causalità basica' tra condotta ed evento), nel caso *sub* 3) si assiste a una <<problematica plurivocità di orientazioni teoriche, le quali si confrontano eminentemente sul piano del grado di certezza che sarebbe necessario acquisire processualmente al fine di escludere o riconoscere la fondatezza dell'assunto di responsabilità>>²⁵².

E' allora evidente che per tentare di fornire una spiegazione coerente e solida al tema probatorio-processuale è indispensabile ricollocare consapevolmente sul piano 'statico-dogmatico' il tema dell'evitabilità dell'evento.

Sia consentita dunque una suggestione. Se questo è l'attuale stato dell'arte, sembra allora, per certi versi, ripresentarsi lo stesso scenario (anche se a parti invertite²⁵³) che prima del 2002 circondava la 'causalità basica' ex artt. 40 e 41 c.p.: 'il sipario' si riapre per il secondo atto ... proprio dove si era chiuso, non del tutto risolto dal grande protagonista (la sentenza Franzese²⁵⁴), il primo!

²⁵² G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 275.

²⁵³ Si dice "a parti invertite" in quanto prima della Franzese gli orientamenti 'probabilisti' si erano stagliati principalmente sull'orizzonte del reato omissivo improprio, sul presupposto che operandosi con decorsi ipotetici (non reali) mediante un ragionamento di carattere predittivo (contrapposto a quello esplicativo tipico del reato commissivo) non si potesse raggiungere alcuna certezza (in termini ancora statistico-nomologici) circa il grado di efficacia del comportamento alternativo lecito. Oggi invece, spostatosi l'orizzonte problematico dalla 'causalità basica' alla 'causalità della colpa', è proprio in seno al reato commissivo che si propugna l'idea di un accertamento meramente 'possibilista', risultando – per un beffardo sviluppo della scienza giuridica – invertiti i termini del problema.

²⁵⁴ Lo stesso M. DONINI, riconosce con grande chiarezza: <<La sentenza delle Sezioni Unite sulla causalità omissiva e le opere monografiche o saggistiche incentrate sulla causalità, sulla prova, sul sapere scientifico, ecc., che ne sono gemmate hanno lasciato ancora irrisolto uno dei problemi giuridici più difficili che la giurisprudenza sulla c.d. causalità omissiva, e più spesso, sulla causalità della colpa, aveva adombrato>> (corsivi originali). Si veda anche M. TRAPASSO, *Imputazione oggettiva e colpa tra "azione" ed "omissione": dalla struttura all'accertamento*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1235 e ss.

CAPITOLO III

Sezione II

LE DIVERSE COLLOCAZIONI STATICO-DOGMATICHE DELLA CAUSALITÀ DELLA COLPA E LE RELATIVE CONSEGUENZE EPISTEMICO-PROCESSUALI: L'EVITABILITÀ DELL'EVENTO MEDIANTE IL COMPORTAMENTO ALTERNATIVO LECITO

Sommario: 1. *La tesi dell'aumento del rischio nelle fattispecie colpose commissive. La c.d. via italiana all'imputazione obiettiva dell'evento: il grado di accertamento si diversifica in relazione alla qualificazione della condotta* - 2. *L'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito nell'ambito del Tatbestand colposo* - 2.1. *Le due dimensioni dell'evitabilità: statico-dogmatica e dinamico-processuale* - 2.2. *Autonomia concettuale della 'causalità della colpa' rispetto alla causalità 'basica'. E' la 'causalità della colpa' a qualificare compiutamente il Tatbestand colposo* - 2.3. *La dimensione ex ante dell'evitabilità ed il suo rapporto con le regole cautelari* - 2.4. *L'accertamento della causalità della colpa esige uno spessore probatorio di alta credibilità logico-razionale confinante con la certezza* - 3. *Per una diversa soluzione nella dimensione ermeneutica dell'offensività.*

1. La tesi dell'aumento del rischio nelle fattispecie colpose commissive. La c.d. via italiana all'imputazione obiettiva dell'evento: il grado di accertamento si diversifica in relazione alla qualificazione della condotta

Nel panorama dottrinale italiano, gli ultimi decenni del secolo scorso, sulla scorta di una profonda e pregevole razionalizzazione delle configurazioni dogmatiche d'oltralpe, hanno manifestato la tendenza, in seno ad Autorevole dottrina, ad inscrivere il tema del c.d. 'comportamento alternativo lecito' nella plurivoca categoria dell'imputazione obiettiva. Categoria trasversale la cui

funzione e costruzione, pur essendo spesso impropriamente associata alle derive tedesche di *Risikoerhöhungslehre*, viene dal suo più illustre autore - Massimo Donini²⁵⁵ - ricondotta entro il paradigma di una autentica responsabilità per fatto proprio quale referente operativo che permetta l'applicabilità pratica del principio divisato nell'art. 27 Cost..

In effetti, nella *objektive Zurechnung* il criterio dell'aumento del rischio, destinato ad affiancare e non a sostituire quello condizionalistico²⁵⁶, aveva genesi e *ratio* garantistiche, tendendo a restringere l'area del penalmente rilevante. I criteri elaborati dalla teorica tendevano ad individuare, oltre ed al di là del meno nesso di condizionamento naturalistico – comunque imprescindibile primo gradino dell'ascrizione del fatto – un *quid* che facesse emergere la cifra davvero offensiva della condotta rendendola davvero tipica: il referente era per l'appunto il nesso di rischio, da ricercare dopo aver appurato la concatenazione fisica tra condotta ed evento, rendendo l'evento fatto autenticamente proprio dell'agente²⁵⁷.

²⁵⁵ Cfr. DONINI M., *La causalità omissiva*, cit., 63 ss.; ID., voce *Imputazione oggettiva*, cit., 681 ss.

²⁵⁶ Si pensi che lo stesso M. DONINI titola un proprio scritto molto emblematicamente: *Il garantismo della conditio sine qua non ed il prezzo del suo abbandono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 e ss. Inoltre l'Autore (M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 39 e 40) afferma che: <<il problema sorge [...] quando con la responsabilità per rischio sia il giudice ad accollare "come fatto proprio" un evento che a stretto rigore non è stato cagionato: perché in questo caso la soluzione politico-criminale [...] passa attraverso la rottura del principio di legalità o, come vedremo, la messa in crisi di una lettura del principio di responsabilità penale per fatto proprio mediata da parametri causali quali requisiti minimi di imputazione di un evento>>.

²⁵⁷ Cfr. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2008, 591-592; Si veda anche M. RONCO, *La dimensione oggettiva del fatto tipico* in *Commentario* cit., 223 e ss. Per una lettura della *objektive Zurechnung* in chiave di offensività; cfr. anche G. FORTI, *Colpa ed evento* cit., 375 e ss. Del resto anche le varie teoriche italiane succedutesi nel tempo si alimentavano di questa logica: le concezioni dell'adeguatezza causale, nel porsi in una prospettiva *ex ante*, si volgevano a temperare i rigorismi della teorica dell'equivalenza, vero nemico da sconfiggere; in realtà finivano solamente per selezionare alcune delle condizioni dividendole in rilevanti ed irrilevanti (F. ANTOLISEI, *Il rapporto di causalità in diritto penale*, Padova, 1934, rist. 1960; P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 32 e ss.; F. STELLA, *La descrizione dell'evento. I. L'offesa. Il nesso causale*, Milano, 1970, 7 e ss.; E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 779 e ss.). Con diversa soluzione, spinta ancor più lontana dal condizionalismo, a ben vedere, K. ENGLISH, *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Tübingen, 1931, 46 e ss, 62 e ss., mediante la sua teoria (come noto, non sovrapponibile interamente a quella di F. Stella) della condizione conforme a una legge di copertura, in base alla quale la causalità giuridica presuppone una causalità nomologica senza la quale non sarebbe mai possibile conoscere cosa sarebbe accaduto senza quel fattore, finendo per sostituire integralmente alla *conditio sine qua non* dei criteri di adeguatezza generica della

Laddove però si pretenda che un tale criterio – aumento del rischio – possa completamente soppiantare il condizionalismo, calandosi all'interno della causalità e, per quanto qui di interesse, della causalità della colpa, esso produce l'effetto opposto a quello che originava le varie anime della teorica d'oltralpe: l'area di penale responsabilità viene ad allargarsi sensibilmente giungendosi a ritenere tipiche anche quelle condotte che pur non essendo state *conditiones sine quibus non* dell'evento ne abbiano comunque aumentato il rischio. L'effetto, peraltro, è quello di snaturare l'evento (errando la sua ri-descrizione) rendendolo sempre più rarefatto e finendosi, in buona sostanza, per recidere il collegamento sussistente tra quest'ultimo e la condotta, considerata a questo punto come centro di imputazione per mera violazione di un precetto a prescindere dalla sua materializzazione nell'evento.

Da queste derive - deve essere immediatamente chiarito - Massimo Donini, padre indiscusso della via italiana all'*objektive Zurechnung*, prende chiaramente le distanze, definendole <<molto meno rassicuranti>>²⁵⁸ proprio perché, l'idea del nesso di rischio deve essere proiettata in funzione delimitativa, quale strumento di "garanzia" che l'evento sia giuridicamente attribuibile alla condotta dell'agente.

Svolte queste premesse, è bene calare i risultati teorici dell'impostazione ora brevemente tratteggiata in tema di comportamento alternativo lecito, verificando le conseguenze applicative dell'inserimento della causalità della colpa - nell'accezione ristretta che si è seguita nel presente lavoro: l'evitabilità mediante il comportamento alternativo lecito - nell'ambito della generale categoria dell'imputazione obiettiva dell'evento secondo la ricostruzione di Massimo Donini.

Secondo tale impostazione teorica, alla quale si deve la tripartizione delle condotte sino ad ora seguita, sarebbe necessario distinguere le ipotesi sub 1) e 2)

condotta pericolosa e di adeguatezza specifica nella concretizzazione del rischio, dirigendosi, in ultima analisi, ad una causalità preta di momenti di imputazione. Lo stesso M. DONINI, *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 588 e ss., non ha mancato di sottolineare come la tendenza descritta sia stata proseguita anche dalle più recenti teoriche di imputazione obiettiva dell'evento.

²⁵⁸ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento* cit., 102.

come sopra catalogate rispetto a quelle *sub* 3) perché diversa sarebbe la funzionalità della camaleontica figura dell'evitabilità mediante il comportamento alternativo lecito.

Nelle prime due ipotesi infatti, dibattendosi di reati omissivi impropri o di reati che pur perpetrati mediante un'*agere* positivo siano qualificati sul piano del significato dell'offesa – e della percezione sociale – dalla componente negativo-omissiva della colpa, <<il dubbio sull'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito si tradurrebbe, al tempo stesso, in un dubbio sulla causalità, e quindi non sarebbe possibile imputare l'evento (es. la morte del lavoratore) al soggetto garante del bene giuridico tutelato>>²⁵⁹.

In tali ipotesi infatti non sarebbe possibile attribuire al soggetto come 'fatto proprio' il decorso causale reale se non ricostruendolo attraverso il comportamento alternativo lecito, posto che l'unica condotta illecita in questo caso è definibile come tale solo attraverso il controfattuale mentre il dinamismo reale rimane estraneo al soggetto riducendosi alla valutazione del verificarsi

²⁵⁹ P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 35. L'autore svolge una disamina, davvero pregevole per chiarezza espositiva, circa le posizioni assunte nel panorama dottrinale italiano in merito alla causalità della colpa ed al grado di corroborazione processuale del quale la stessa deve essere ammantata per poter fondare l'addebito di responsabilità. L'Autore, in particolare, snoda la disamina secondo la chiave di lettura data dall'analisi delle regole cautelari, dividendole in regole cautelari 'proprie' (le quali permettono di neutralizzare completamente il rischio) e le regole cautelari 'improprie' (le quali consentirebbero solamente di ridurre la pericolosità di una certa condotta entro un margine di rischio consentito). Queste ultime, invero le più frequenti in assoluto, rappresentando una sorta di eccezione alla regola generale in forza della quale, non potendosi trarre certezze in certi ambiti, si imporrebbe l'astensione. La regola cautelare impropria dunque permetterebbe di agire solamente a certe condizioni e solamente seguendo particolari modalità di condotta, violate le quali verrebbe a riespandersi la regola generale che impone l'astensione. In forza di tale generale constatazione l'Autore ritiene tutto sommato ragionevole la flessione del rigore probatorio nelle ipotesi attive, ma si dichiara apertamente in contrasto con una simile conclusione nelle ipotesi omissive sul presupposto che, essendo in tali casi il rischio promanante *aliunde* e non essendo data al garante la facoltà di astenersi (a differenza di quanto accade nelle ipotesi attive) sarebbe del tutto irragionevole costruire ipotesi omissive improprie basate su regole cautelari improprie.

L'argomentazione, pur condivisibile sotto vari punti di vista, non sembra tuttavia completamente risolutiva, poiché giungerebbe a restringere di molto l'area di rilevanza penale sulla base di una classificazione costruita più che altro su considerazioni derivanti da difficoltà probatorie. Certamente si condivide la prospettiva di ragionevolezza che vi si pone alla base e altrettanto si condivide la constatazione che in certi settori sia illusorio convincersi che la sanzione penale costituisca la panacea di ogni male. Ma, come si vedrà, si ritiene che la soluzione del problema, dal punto di vista dogmatico, passi in realtà per un'attenta considerazione della struttura della

dell'evento. Il risultato, dunque, laddove si potesse dire che mediante il comportamento alternativo lecito vi sarebbero state solo possibilità o probabilità di evitare l'evento, ma non certezza logico-razionale, è che si avrebbe un aumento del rischio a fronte di un dubbio sulla causazione 'basica'. E ciò non sarebbe sufficiente a rendere (causalmente) proprio dell'autore il fatto²⁶⁰.

In altri termini: <<accade che l'accertamento della **causalità della condotta** ai sensi dell'art. 40, comma, 1, c.p. si "converta", si "traduca" subito nello stesso tempo in accertamento della causalità della colpa [...] in queste ipotesi il dubbio sulla **causalità della colpa** (cioè su ciò che sarebbe successo se ci fosse stata la condizione impeditiva, negativa dell'evento, osservante e diligente a un tempo) è contemporaneamente dubbio su un momento giuridicamente decisivo della causalità naturalistica [...] **un dubbio sulla rilevanza giuridica** del condizionamento causale>>²⁶¹.

Pertanto Donini, preso ad emblema della via Italiana della teorica dell'imputazione obiettiva dell'evento²⁶², ritiene che allorquando ci si trovi nell'ambito della ipotesi *sub* 1) e 2) la prova circa l'efficacia impeditiva dell'evento (*id est*: della causalità della colpa) debba essere raggiunta con alta probabilità logica confinante con la certezza onde ritenere accertato il nesso complessivo (basico e normativo) tra condotta ed evento, non essendo sufficienti a

colpa o, secondo una recente ed originale soluzione, nell'ambito della dimensione ermeneutica dell'offensività.

²⁶⁰ Per riportare le parole di M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 43: <<in caso di **condotta realmente omissiva** [...] la **condotta naturalistica "reale"** – *l'aliud facere* – non ha spiegato cinematicamente conseguenze rilevanti sul piano penale, mentre ha avuto conseguenze l'omissione "reale", perché l'assenza dell'intervento è stata *condizione negativa* dell'evento, in quanto un tempestivo e doveroso intervento, che non c'è stato, avrebbe avuto possibilità di successo [...] qualora consti che la condotta doverosa avrebbe avuto significative probabilità di salvare il bene giuridico, si ha un aumento del rischio a fronte del dubbio sulla causazione: non è infatti possibile affermare che la diminuzione di *chances* risultante a contrario dall'omissione **equivale** (art. 40 cpv. c.p.!) alla diminuzione della condotta colposa commissiva, giacché in quest'ultima il soggetto ha comunque cagionato l'evento oltre ad aumentare il rischio, mentre nell'omissione no>> (grassetto e corsivi sono originali).

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² Si vedano tuttavia anche A. R. CASTALDO, *Imputazione* cit.; M. ROMANO, *Commentario* cit.; A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 e ss.

garantire il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio le mere, per quanto sensibili, probabilità di scongiurare l'evento.

Sotto questo profilo la teorica si pone, dunque, in perfetta armonia con i portati della sentenza Franzese – invero già preconizzati dal Donini (se si pensa che i passaggi sopra riportati venivano dal medesimo stilati nel 1999, quando ancora la storica sentenza non era intervenuta a tracciare la c.d. terza via) e poi ribaditi nei lavori successivi – e risulta in larga parte condivisibile, posta in questi casi l'innegabile partecipazione della verifica circa l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito alla dimensione di senso della causalità 'basica'²⁶³.

Con riguardo, tuttavia, alle ipotesi di reato commissivo a componente colposa sicuramente attiva [ipotesi prima definite *sub* 3)], l'Illustre Autore propone ben altra configurazione epistemologica che, a ben vedere, rappresenta un paradigma seguito da un orientamento consistente in giurisprudenza: la formula probatoria del 'più probabile che non'.

Il chiaro Autore infatti, parlando dei reati della categoria *sub* 3) afferma: <<la colpa è 'causale' se spiega l'evento, e ciò accade quando: a) questo è stato comunque cagionato dalla condotta del soggetto, inosservante di cautele esigibili

²⁶³ Cfr. M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, cit., 680: <<Se nella causalità attiva vengono introdotti nel decorso eziologico nuovi fattori di rischio rilevanti per la spiegazione dell'evento, nella 'causalità omissiva' il soggetto o viola un comando di fare, e quindi non si attiva *sic et simpliciter*, oppure, comunque, anche agendo per impedire un risultato, non attiva fattori causali capaci di neutralizzare il rischio dell'evento, e quindi non pone in essere condizioni negative, impeditive dell'evento. La causalità è omissiva quando queste condizioni negative sono essenziali per la spiegazione giuridica del nesso di condizionamento, mentre non lo sono quelle positive [...] In moltissimi casi di responsabilità medica si tratterà di ipotesi analoghe, dove il soggetto non si è rifiutato di intervenire, ma ha curato male omettendo la diligenza o la perizia, non attivando condizioni negative (= salvifiche) dell'evento [...] Dato che qui la condotta reale non ha causato nulla di significativo, manca la stessa prova del nesso 'basico' di condizionamento rispetto al risultato [...] Questa prova attiene notoriamente al profilo 'omissivo' della responsabilità o della colpa, ma riguarda, in tali ipotesi, la 'causalità basica', non il rapporto di rischio che la qualifica>>. Sul momento omissivo della colpa, cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 90 ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 144 ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva*, cit., 55 ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe*, cit., 453 ss.; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1969 e ss., 1985 e ss.

e dovute; b) la condotta alternativa diligente o prudente obbediva a una *ratio* preventiva adatta al caso, anche se non assicurava *ex ante* nessuna certezza di evitare quel tipo di evento; c) l'evento - almeno nel suo *hic et nunc* - era dunque evitabile da parte del comportamento conforme alla cautela doverosa. L'evitabilità dell'evento, nella colpa commissiva, e perciò inerente a una condotta comunque causale, *significa che ci sarebbero state significative probabilità di evitarlo*>>²⁶⁴. Donini ritiene però di dover precisare che non una qualsiasi probabilità possa rivelarsi sufficiente - così arginando e prendendo le distanze dalle possibili espansioni incontrollate della rilevanza penale - e chiarisce che solamente una concreta, apprezzabile ed in qualche modo qualificata probabilità possa essere utile al fine: <<Che cosa significa [...] “rilevante probabilità di evitare l'evento” da parte del comportamento alternativo lecito quando la condotta reale sia comunque stata causale? Ovvero probabilità importante, significativa, etc.? A noi pare che il giudizio di causalità ‘della colpa’ ammetta una risposta affermativa finché le probabilità di salvare il bene siano significativamente superiori in caso di condotta diligente. Questo potrebbe essere il senso di una disciplina o di una interpretazione più tassativa e certa che non esiga certezze impraticabili (come la dizione “a causa” della colpa potrebbe suggerire), ma indichi, nel dubbio, almeno il criterio del ‘più probabile che non’, cioè quello superiore al cinquanta per cento, che contrassegna una evitabilità maggiore dell'inevitabilità>>²⁶⁵.

Pertanto se sulla scia della Franzese la causalità materiale deve essere accertata secondo canoni di alta probabilità logica, indistintamente nei reati commissivi ed omissivi - e questa è conclusione granitica sia in dottrina che in giurisprudenza - la causalità della colpa nei reati commissivi colposi sembra poter essere dimostrata con un rigore probatorio inferiore. Rigore probatorio che, se nella proposta di Massimo Donini risulta comunque individuato nel tentativo di un bilanciamento tra opposte esigenze e appare retto da considerazioni del tutto ragionevoli, viene invece ad affievolirsi ben oltre ‘il più che probabile che non’ in altre ricostruzioni (derivanti non solo dal filone teorico dell'imputazione

²⁶⁴ Cfr. M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, 689.

²⁶⁵ Cfr. M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva*, 692.

imputazione obiettiva), sino ad arrivare a considerare sufficiente - al fine di ascrivere il fatto al soggetto - il mero aumento del rischio²⁶⁶ o, in alcune posizioni più radicali, addirittura a proclamarne l'irrelevanza²⁶⁷.

Va notato, inoltre, che siffatte posizioni dottrinali²⁶⁸, peraltro, sono state seguite con sempre maggior vigore dal diritto vivente di matrice giurisprudenziale²⁶⁹, giungendo a pronunce che ben disvelano questa flessione del rigore probatorio.

²⁶⁶ Questa è la posizione di A.R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., 144-146; ID., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 889 e ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, I, cit., sub art. 41/41-43; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 659; G. FIANDACA, voce <<Causalità (rapporto di)>>, in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1988, 128; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 409; A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione*, cit., 4311, per quali l'aumento del rischio potrebbe essere anche di minimo significato. Si nota, in particolare, che una diversa opzione contrasterebbe con esigenze di tipo preventivo-repressivo - in specie G. FIANDACA, voce <<Causalità (rapporto di)>>, cit., 128 -, in quanto esigere la certezza dell'idoneità del comportamento alternativo lecito a impedire l'evento lesivo, in presenza di una condotta sicuramente causale sul piano naturalistico e altresì colposa, equivarrebbe a limitare eccessivamente l'area della penalizzazione. Secondo questa impostazione la regola cautelare violata, infatti, conserverebbe la sua funzione di tutela anche se non è certo il suo effetto causale, nei limiti in cui difetti, nel caso concreto, la prova della sicura evitabilità dell'evento - così M. ROMANO, *op e loc. ult. cit.* -. Sul punto, cfr., in chiave critica, anche L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4133 ss.

²⁶⁷ Per un'affermazione radicale circa l'irrelevanza della prova sull'evitabilità dell'evento in caso di comportamento alternativo lecito, cfr. C. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, LXXIV, 411 ss.

²⁶⁸ A. VERRICO, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni* e ID, Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, in *Dir. pen. proc.* 2011, p. 13441, ove l'Autore afferma: <<la dottrina maggioritaria afferma che una volta accertata la presenza della causalità della condotta, per l'imputazione dell'evento a titolo di colpa si ritiene sufficiente provare che la condotta inosservante abbia aumentato la probabilità di lesione. Quindi, mentre per la causalità della condotta si richiede un'altra credibilità razionale, l'accertamento della causalità della colpa ammette valutazioni molto più probabilistiche>>. Si veda anche A. R. CASTALDO, *La teoria dell'aumento del rischio e l'illecito colposo*, in *Studi Urbinati*, 1987, 127 e ss.

²⁶⁹ Si pensi al noto caso delle valvole cardiache, nel quale la Corte di cassazione afferma: <<per poter addebitare un evento ad un determinato soggetto, occorre accertare non solo la sussistenza del 'nesso causale materiale' tra condotta (attiva o omissiva) dell'agente e 'evento', ma anche la cosiddetta 'causalità della colpa', rispetto alla quale assumono un ruolo fondamentale la prevedibilità e l'evitabilità del fatto. In sostanza la causalità si configura **non solo** quando il comportamento diligente avrebbe **certamente** evitato l'evento antigiuridico che la stessa norma mirava a prevenire, **ma anche quando una condotta appropriata avrebbe avuto significative probabilità di scongiurare il danno**>> (Cass. Pen., Sez. IV, 1 marzo 2011, n. 15002; i grassetti sono stati apposti da chi scrive).

Si pensi all'ultimo caso riportato nel paragrafo precedente, in occasione del quale la Corte non ceta certo di ritenere sufficienti anche solo <<non trascurabili probabilità di salvare il bene giuridico>>²⁷⁰ perché la condotta alternativa lecita avrebbe <<comunque diminuito il rischio di verificazione dell'evento>>²⁷¹.

La ragione di tale flessione viene individuata nello scopo della regola cautelare impropria. Posto che quest'ultima mira a ridurre il pericolo della lesione al bene giuridico in modo da creare 'un'area di azione lecita', un diverso spazio di 'azione non rischiosa' non sarebbe apprezzabile *ex ante*, proprio perché è la stessa regola cautela a misurare il (e in definitiva a stabilire i confini del) rischio consentito²⁷²: ne deriva, però, che ogni violazione della norma avrebbe già di per sé aumentato il rischio, tendendo pericolosamente verso la logica del *versari in re illicita*.

Se tuttavia, come si era sottolineato in precedenza, Massimo Donini richiede quantomeno delle probabilità apprezzabili, propugnando il criterio del 'più probabile che non' e rifiutando concezioni basate su di una qualsiasi possibilità di scongiurare l'evento mediante il comportamento alternativo lecito, esistono visioni, soprattutto giurisprudenziali, molte meno rigorose ed equilibrate, le quali si dichiarano soddisfatte di un 'qualsiasi' aumento del rischio, anche percentualmente bassissimo, facendo ricorso a quell'argomento etico-sociale, imperniato sull'alto rango del bene giuridico da tutelare, che viene 'riesumato' dall'orientamento probabilista pre-Franzese. E' proprio la degenerazioni di questa logica probabilista, del resto, che sibila al fondo di certe importanti pronunce. Si pensi ad un caso di responsabilità in relazione ad esposizione di lavoratori a polveri di amianto²⁷³ nel quale la Corte di nomofilachia ritenne responsabile il datore di lavoro del decesso di alcuni prestatori di lavoro,

²⁷⁰ Cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 14 febbraio 2008 n. 19512.

²⁷¹ *Ibidem*.

²⁷² Cfr. M. DONINI, *Imputazione oggettiva* cit., 104; sul concetto di rischio consentito si veda, in chiave critica, M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, Vol. VII, Milano, 1960, 625 e ss.

²⁷³ Cass. Pen., Sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991.

esposti alle polveri sin dagli anni '50, attraverso il seguente ragionamento: sebbene fosse pacifico che le regole cautelari vigenti al momento del fatto (uso di mascherine o inumidimento dell'amianto) non sarebbero risultate idonee ad impedire con certezza l'insorgenza tumorale (tant'è che nel '92 il legislatore proibì *in toto* l'uso di tali materiali), la loro osservanza avrebbe comunque diminuito il rischio di asbestosi. L'incedere argomentativo potrebbe dunque essere così riassunto²⁷⁴:

- nesso di causalità materiale: secondo una legge di copertura medico scientifica supportata da un grado di credibilità logico-razionale confinante con la certezza, è possibile affermare che l'esposizione all'amianto comporti l'insorgenza del mesotelioma pleurico;
- causalità della colpa (evitabilità dell'evento): l'adozione delle regole cautelari allora vigenti sebbene non avesse efficacia impeditiva (o almeno ciò non è dimostrabile con parametri di razionalità logica confinante con la certezza) avrebbe quantomeno ridotto il rischio di insorgenza di malattie tumorali.

E' allora evidente che anche a fronte di una precisa mancanza di prova in ordine a 'cosa sarebbe accaduto se' si fossero rispettate le regole cautelari, la Corte, in considerazione dell'alto valore del bene vita (sul quale certo non si può che concordare), giunge a ritenere fondato l'addebito di responsabilità (sul piano dell'ascrizione del fatto) anche se raggiunto sulla base di mere possibilità.

Tale criteriologia si pone pure alla base di altra rilevante sentenza del Supremo Collegio²⁷⁵ nella quale venne ascritta la morte di diversi ferrovieri al datore di lavoro in relazione alla loro esposizione a fibre di amianto secondo questo incedere logico: <<sicuramente servivano [afferma la Corte d'appello] interventi strutturali [...] ma neppure furono effettuate quelle minime misure precauzionali che avrebbero potuto ridurre la concentrazione di polveri aspirate [...] se si fossero installati gli aspiratori [...] si sarebbe ridotta la fonte di inquinamento [...]>>; in altri termini – questo l'argomentare della Corte - se è pur

²⁷⁴ Cfr. per questa schematizzazione G. CIVELLO, *La colpa "eventuale"* cit., 261.

²⁷⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 30 marzo 2000, n. 5037.

vero che solo interventi strutturali avrebbero consentito di evitare con certezza l'evento, nondimeno il fatto che vi fossero cautele minime (che dunque non è assolutamente certo avrebbero scongiurato le malattie tumorali) avrebbe probabilmente *diminuito il rischio* di verificarsi dell'evento. Evento che per questo va imputato all'agente.

Ciò significa che, se anche si riconosca che la vera condotta alternativa sarebbe consistita in interventi strutturali (in sostanza la messa al bando dell'amianto prima che fosse il legislatore ad imporlo e quindi non ancora esigibile), posto che la condotta è *comunque* negligente, imprudente o imperita, il giudice deve giungere ad imputare l'evento. Ma proprio quel "comunque" rende la misura dell'imputazione: se infatti si può ben comprendere e condividere la valutazione circa una forte carica di disvalore d'azione ed il timore di un'eccessiva delimitazione della responsabilità penale²⁷⁶ (risultando dunque comprensibile la base politico-criminale dell'arresto) nondimeno, come nota bene Gabriele Civello nel commentare la medesima sentenza, si perverrebbe per questa via ad una <<inedita ed ossimorica forma di "omicidio di mera condotta", in cui l'evento costituisce semplice condizione obbiettiva di punibilità slegata da qualsivoglia nesso di causalità o di prevedibilità rispetto al comportamento umano>>²⁷⁷ incentrando il reato su di una condotta di pericolo²⁷⁸ alla quale viene solo giustapposto l'evento naturalisticamente verificatosi.

Alla luce di quanto detto, dunque, risulta che le teoriche di aumento del rischio, laddove il paradigma sia calato all'interno della tematica della causalità della colpa (*sub specie* di evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito), possano condurre a pronunce ingiuste quando, collocando il

²⁷⁶ Cfr. L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito* cit., 4134, L'Autrice, che propone sul tema del comportamento alternativo lecito una ricostruzione in parte in linea con quella che si sposterà nel presente lavoro, nota, sotto questo profilo, come: <<la diversa soluzione contrasterebbe con esigenze di tipo preventivo-repressivo, in quanto esigere la certezza dell'idoneità del comportamento alternativo lecito a impedire l'evento, in presenza di una condotta sicuramente causale sul piano naturalistico e altresì colposa, significherebbe restringere eccessivamente l'ambito della responsabilità penale>>. Alla medesima Autrice si rinvia anche per una nutrita disamina della giurisprudenza precedente al 2005 sul tema della causalità della colpa.

²⁷⁷ G. CIVELLO, *La colpa "eventuale"* cit., 267.

²⁷⁸ Cfr. DONINI, *Imputazione*, cit., 107; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 696.

comportamento alternativo lecito in quel luogo <<troppo affollata>>²⁷⁹ che sembra essere la categoria della imputazione obiettiva dell'evento, sospingano, in caso di reato commissivo colposo, verso una sostanziale rarefazione dell'evento, facendo della condotta colposa (in quanto segnata dalla violazione della regola cautelare) la mera occasione e non per forza la causa dell'evento stesso.

Inoltre, da un punto di vista dogmatico, non vi è chi non veda il dispiegarsi di una forte distonia: se l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito costituisce ingrediente imprescindibile dell'imputazione obiettiva dell'evento (a diretta tutela del principio di responsabilità per fatto proprio), si rivelerebbe intimamente contraddittoria qualsiasi *demenutio* del rigore probatorio richiesto per fondare l'enunciato di responsabilità, giungendosi ad una sostanziale violazione del canone dell'*in dubio pro reo*. Ed evidentemente la constatazione non si sposta di un millimetro laddove si inserisca (si ritiene correttamente) l'evitabilità nell'ambito della colpa per poi accontentarsi di una prova più o meno 'claudicante' della stessa.

Perspicuo risulta dunque il ragionamento di L. Gizzi, la quale asserisce: <<riconoscere la responsabilità penale del soggetto agente anche nell'ipotesi in cui manchi la certezza che, nelle circostanze del caso concreto, la condotta diligente avrebbe impedito la verifica dell'offesa al bene giuridico tutelato, significa valutare a carico dell'agente elementi di incertezza in ordine all'effettiva efficacia protettiva della regola cautelare violata. Non può non considerarsi, invece, che, se l'evitabilità dell'evento è un elemento dell'imputazione colposa, essa deve essere dimostrata in termini di positiva certezza per poter formulare un giudizio di responsabilità penale. La semplice possibilità, quindi, che l'evento sarebbe stato evitato in caso di comportamento alternativo lecito non basta *per l'imputazione colposa* dell'evento stesso. Questa richiede la certezza, o la probabilità confinante con la certezza, che la condotta diligente avrebbe impedito la verifica del risultato lesivo. Altrimenti, la responsabilità dell'agente

²⁷⁹ L'espressione critica è di G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 231. Si veda anche G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Ind. Pen.*, 2006, 945 e ss.

sarebbe ammessa nonostante il dubbio in ordine alla sussistenza di un requisito dell'imputazione colposa, requisito che determina la particolarizzazione della colpa nell'evento materialmente cagionato>>²⁸⁰.

Né a ricalibrare la situazione basterebbe il rilievo, sul quale concordano invero tutte le posizioni dottrinali²⁸¹, che laddove fosse positivamente dimostrato (ma dalla difesa, allora! Non certo dal p.m.) con probabilità logica confinante con la certezza che l'evento era assolutamente inevitabile, allora dovrebbe mandarsi assolto l'imputato. Ciò infatti rappresenterebbe la prova speculare di quello di cui si dibatte che, se posta in questi termini, (dal punto di vista processuale) graverebbe sull'imputato e (dal punto di vista dogmatico) finirebbe per introdurre nel sistema penalistico una serie di contraddizioni e di infondate distinzioni tra elementi costitutivi del reato.

Va tuttavia riconosciuto che la posizione di Massimo Donini, sopra tratteggiata, si presenta molto più cauta nel cercare un punto di equilibrio tra le opposte esigenze convergenti sulla causalità della colpa nei reati commissivi

²⁸⁰ L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., 4135, la quale giunge nel passaggio successivo ad affermare: «In conclusione, se si ritenesse sufficiente, ai fini dell'ascrizione dell'evento a colpa del soggetto agente, la mera possibilità che la condotta conforme al violato dovere di diligenza avrebbe evitato la verifica del risultato offensivo, si porrebbe in discussione la rilevanza stessa del comportamento alternativo lecito nell'ambito del delitto colposo d'evento. Al contrario, se l'accertamento dell'evitabilità concreta dell'evento, da parte del comportamento alternativo lecito, è elemento necessario dell'imputazione colposa, detta imputazione potrà aver luogo solamente qualora tale accertamento porti a un risultato, sul piano probatorio, di certezza o di probabilità confinante con la certezza. Con la conseguenza che l'agente dovrà essere assolto, qualora manchi la prova della certa, o altamente probabile, idoneità del comportamento alternativo lecito a impedire l'evento. Si tratta sì, di un problema probatorio-processuale, ma che rispecchia un requisito di natura sostanziale del delitto colposo di evento». Il ragionamento e le conclusioni sono per molti aspetti assimilabili a quelli che si vedranno negli sviluppi finali della ricerca.

²⁸¹ Cfr. sul punto P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 30. L'Autore, come già in precedenza evidenziato, conduce una chiara disamina degli orientamenti circa lo spinoso problema del grado di corroborazione processuale dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito. Lo studioso mette in luce proprio come l'unico elemento di vicinanza tra le opposte concezioni - ad esempio quella di L. Eusebi, per il quale sarebbe sempre (cioè sia in caso di condotta attiva sia in caso di condotta omissiva) necessaria una probabilità logica confinante con la certezza nel provare l'evitabilità, e quella di G. Marinucci, per il quale sarebbe sempre (cioè sia in caso di condotta attiva sia in caso di condotta omissiva) sufficiente il mero aumento del rischio - sia dato dalla constatazione in base alla quale qualora consti la certezza dell'inevitabilità dell'evento, non può certamente essere riconosciuto sussistente il nesso normativo ricercato.

colposi [i casi prima indicati *sub* 3]. Egli infatti non ritiene sufficiente uno standard probatorio che si arresti alle mere possibilità, nemmeno a fronte di una condotta intrisa di disvalore d'azione (per avere la stessa materialmente cagionato l'evento e per essere già segnata dalla violazione della regola di diligenza): lo studioso richiede dunque una probabilità > del 50% (il 'più probabile che non') quale formula che permetta di non restringere eccessivamente l'area operativa degli illeciti colposi - sempre più posti a presidio di beni di rilevante valore - ma che nel contempo conservi il più possibile le garanzie dell'agente di vedersi imputare un fatto autenticamente proprio.

Se dunque l'opzione ricostruttiva di Massimo Donini merita certamente un plauso per la sua ricerca di equilibrio, nondimeno la stessa risulta dettata, più che da una chiara spiegazione di carattere dogmatico circa le flessioni del rigore probatorio proprio su di un momento fondamentale di imputazione obiettiva, da considerazioni – pur condivisibili – di ragionevolezza pratica e saggezza applicativa.

Si propone allora di focalizzare l'attenzione su di un'altra, più tradizionale, ipotesi ricostruttiva, al fine di evidenziare sul piano dogmatico quella che si ritiene essere forse la più corretta sistemazione concettuale del tema oggetto di indagine e, su tale base, prendere posizione in merito all'orientamento giurisprudenziale (già sopra esplorato per paradigmi) che oggi domina incontrastato in seno alla IV sezione della Corte di cassazione.

2. L'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito nell'ambito del Tatbestand colposo

Una volta disvelate ed analizzate le principali aporie cui vanno incontro le teoriche di aumento del rischio e, più latamente, di imputazione oggettiva dell'evento, sembra opportuno giungere alla sistemazione dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, quale seconda dimensione della causalità della colpa, nel luogo dogmatico che – si ritiene – più le si addice, proponendocisi di approfondire specificamente tutte le trame

tematiche evocate nel corso del primo capitolo, procedendo quindi ad una soddisfacente risistemazione del tema che, nel porsi sulla linea di confine tra causalità e colpa, condivide aspetti dell'uno e dell'altra.

Non va sottaciuto che dottrina e giurisprudenza tradizionali sono concordi nel riconoscere come necessaria, tra gli elementi essenziali della colpa, la nozione di evitabilità dell'evento di reato (oltre alla violazione della regola cautelare, alla concretizzazione del rischio ed alla prevedibilità dell'evento)²⁸²; evitabilità che costituirebbe ancora elemento del fatto tipico (non essendo relegabile al piano della colpevolezza), in quanto <<la *negligenza* partecipa all'integrazione del *fatto tipico* [proprio] nella misura in cui l'adozione della norma cautelare disattesa avrebbe potuto evitare la verifica dell'evento [tipico] causato dalla condotta pericolosa>>²⁸³.

Per tali ragioni non sembra azzardato ritenere che la categoria della evitabilità farebbe parte *pleno iure* del *Tatbestand*, nella misura in cui essa lega dialetticamente la condotta *tipica* (in quanto inottemperante al precetto cautelare) all'evento *tipico* (in quanto tipizzato nella fattispecie incriminatrice e materialmente cagionato dalla condotta).

²⁸² Cfr. GALLO M., voce *Colpa penale*, cit., 624 e segg., in cui viene magistralmente illustrato il “criterio della *rappresentabilità* e della *prevenibilità*” nello statuto della colpa. In merito alla separazione tra i due concetti di ‘prevedibilità’ ed ‘evitabilità’ dell'evento, MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 270 e segg.; GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384; MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, cit., 125 e segg.; FORTI G., *Colpa ed evento*, cit., 659 e segg.; ID., *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, cit., 1568; ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 1279 ss.; CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009, 196 ss.; PERINI C., *Il concetto di rischio*, cit., 537. Anche in tema di colpa civile, peraltro, la dottrina ravvede quattro radici ed accezioni della ‘colpa’, tra le quali quella di “dovere”, <<per cui la colpa è definita la trasgressione di un *dovere di comportamento*, sicché si dice anche che la colpa è *omissione di diligenza dovuta*>>, nonché quella di “potere”, <<per cui si dice in colpa chi poteva evitare un certo evento e non lo ha fatto, sicché la colpa è in questo senso *omissione di diligenza possibile* o semplicemente di *comportamento possibile*>> (MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 535).

²⁸³ GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384.

Tale connessione verrebbe ad essere possibile per il tramite di quelli che sono stati definiti <<trasformatori di tipicità>>²⁸⁴: la causalità della colpa (quale evitabilità o prevenibilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito) e l'esigibilità (quale momento di attribuzione personale), inquadrabili rispettivamente come il segmento oggettivo e quello soggettivo dell'evitabilità all'interno del *Tatbestand*.

Più nel dettaglio, se si accede a questa visione, la causazione di un evento che sia pur prevedibile *ex ante* ma che, in concreto (ed *ex post*), si riveli inevitabile non potrebbe fondare un giudizio di integrale tipicità del fatto storico, poiché se certamente la violazione cautelare e la materiale causazione segnano già un profondo disvalore di condotta, quest'ultimo non viene in realtà a connettersi con l'evento ad integrare il complessivo disvalore dell'illecito penale. Semplificando si potrebbe dire che la condotta tipica, in assenza di una sicura prova dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento lecito (per quanto qui di interesse) non viene a dialogare con l'evento, ma le si giustappone solamente, così che l'azione viene scissa nei suoi due poli, impermeabili tra loro dal punto di vista (non certo materiale, bensì) più strettamente normativo.

Il legame che tiene unito e fonda integralmente il *Tatbestand* dunque andrebbe ricercato non tanto nella causazione materiale (che pur continua ad essere il primo anello di congiunzione) ma proprio nella causalità della colpa (nei termini anzidetti) perché è la condotta in quanto colposa (e non come semplice estrinsecazione materiale neutra) che deve imprimere un particolare segno nell'evento, il cui disvalore giuridico viene nutrito proprio dalla 'colposità' che 'curva' e qualifica il suo antecedente logico: la condotta.

²⁸⁴ L'espressione si deve a G. CIVELLO, *La colpa* cit., 246, nota n. 3, il quale ben chiarisce la sistemazione come segue: <<la causalità della colpa e la exigibilità (ovviamente a seguito della previa verifica del nesso di causalità materiale e di prevedibilità soggettiva) sono l'estrema congiunzione tra condotta antidoverosa ed evento e, in definitiva, sono gli elementi che pongono l'ultima parola alla questione relativa alla tipicità o atipicità della condotta, rendendola o meno "conforme al tipo". Può accadere, infatti, che sussistano tutti gli elementi dell'inottemperanza cautelare, della causalità materiale, della concretizzazione del rischio, dell'evento tipico e della prevedibilità dell'evento ma, in assenza dell'ultimo "tassello" della evitabilità (causalità della colpa ed exigibilità), venga meno alla radice il *Tatbestand*, così di fatto privando di tipicità anche tutti gli elementi che, previamente, sembravano rientrare nella fattispecie incriminatrice>>.

La stessa definizione di colpa divisa nel codice penale all'art. 43, del resto, è molto significativa in questo senso: <<il delitto è colposo o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline>>²⁸⁵ (ovviamente i corsivi sono di chi scrive).

Questo modello definitorio - che pure non è andato esente da critiche²⁸⁶ - riesce tuttavia a fornire immediatamente delle coordinate solide. *In primis* si ricava che la colpa è altro dal dolo²⁸⁷, in quanto completamente incompatibile con la volizione dell'evento (anche se non lo è con la previsione dello stesso); In secondo luogo – e questo riveste uno degli aspetti fondamentali da approfondire ai fini dell'indagine che qui ci si propone – viene chiaramente enunciato che la colpa si sostanzia in alcune note che forniscono una speciale connotazione all'agire umano; note che vengono definite mediante lemmi che evocano, da un lato, il suo incongruo dispiegarsi nel mondo (negligenza, imprudenza, imperizia), dall'altro che richiamano la contrarietà a prescrizioni *lato sensu* normative²⁸⁸.

Ma ancora più, l'art. 43, terzo alinea, c.p. esplicita che il punto di riferimento della colpa è (e deve rimanere) l'evento, poiché è a quest'ultimo che l'incongruità dell'agire deve legarsi in un rapporto 'causale': l'evento, cioè, deve essersi

²⁸⁵ Per una disamina del concetto di colpa concomitante all'emanazione del Codice Rocco cfr. O. CECCHI, *Per una nuova teoria sulla colpa*, in *Riv. pen.*, 1940, X, 641; vedi anche O. CECCHI, *Il delitto colposo*, Santa Maria Capua Vetere, 1950.

²⁸⁶ Cfr. *in primis* D. CASTONOV, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, II, 495; M. GALLO, *Colpa penale* in *Enc. Dir.*, VII, 641. In particolare si è contestato alla norma di non elidere i problemi di carattere ermeneutico circa l'individuazione dei presupposti della colpa in relazione alle clausole generali contenute nella prima parte del terzo alinea dell'art. 43 c.p. e, nel contempo, di aver implicato, con una tale struttura, un doppio grado di rinvio, imponendo di muoversi dalla singola fattispecie colposa violata, per risalire ai presupposti della nozione generale di colpa e, infine, di dover ulteriormente scendere interpretando le clausole generali ivi contenute; il tutto oltre a non superare il problema di individuare in modo univoco la regola di condotta da assumersi violata.

²⁸⁷ Emblematica, sotto questo punto di vista, sembra un'espressione (ripresa anche da G. Forti) di K. A. HALL, *Fahrlässigkeit im Vorsatz*, Marburg, 1959, 13, secondo il quale: <<Non la chiarezza del dolo, ma la semioscurità della colpa è la forma di comportamento che si addice alla problematica esistenza dell'uomo. L'uomo è un essere colposo>>.

²⁸⁸ Cfr. M. RONCO, *Commentario cit.*, II, *La colpa in particolare*, 603.

verificato <<a causa>> della negligenza (imprudenza o imperizia) serbata o <<a causa>> dell'inosservanza di regole giuridiche.

Tra le varie critiche che la 'ri-definizione'²⁸⁹ appena sopra tratteggiata ha dovuto fronteggiare, una appare particolarmente interessante ai fini dell'indagine. Era stato mosso il rilievo secondo cui con l'individuazione del referente della colpa nell'evento (da intendersi in senso naturalistico) si sarebbero esclusi dalla definizione tutti i reati di mera condotta, pur presenti in abbondanza nel sistema²⁹⁰. Tuttavia, come efficacemente replicato in dottrina, all'obiezione può risponderci col rilievo che <<nel sistema legislativo ogni reato implica un evento naturalistico, consistente nella situazione fattuale conseguente alla violazione del precetto>>²⁹¹.

Ne deriva che la definizione, <<più che monca appare sintetica>>²⁹², in quanto la norma si riferisce all'evento come concetto evocativo dell'intero dispiegarsi del fatto sino al momento finale di contrarietà al diritto; il momento nel quale la condotta globalmente colposa imprime le tracce in quanto 'colposamente causale' dell'evento medesimo.

2.1 Le due dimensioni dell'evitabilità: statico-dogmatica e dinamico-processuale

Ciò detto deve riconoscersi che sul piano della tipicità soggettiva del fatto il giudizio di evitabilità (*ex ante*) assume un inconfutabile valore statico-dogmatico,

²⁸⁹ Come nota G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, il concetto di colpa divisato nel Codice Rocco, invero, nella traduzione giuridico-formale che ne fece il legislatore del '30, si presenta come solo apparentemente definitorio: utilizzando elementi sia normativi sia psicologico-effettivi si avvicina di più ad una ri-definizione, la quale, dando per presupposto un sostrato irrinunciabilmente appartenente al senso comune sotteso al concetto, si concentra solamente sugli elementi che, più da vicino, posso contribuire a tipizzarlo, aprendo così lo spazio alla ricostruzione di un concetto più che altro dogmatico di colpa.

²⁹⁰ Cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 2004, 455.

²⁹¹ M. RONCO, *La colpa in particolare*, in *Commentario cit.*, 604 e si veda anche ID., *La dimensione oggettiva del fatto tipico*, cit., capitolo III.

²⁹² *Ibidem*.

ma, nel contempo dispiega (*ex post*) un'altrettanto insostituibile caposaldo di accertamento nel caso concreto circa l'effettiva integrazione del *Tatbestand* colposo.

I due profili non devono andar confusi²⁹³, potendosi giungere, in difetto di una tale demarcazione, ad indebite sovrapposizioni di piani *ex ante* ed *ex post*, con conseguente smarrimento della funzione della regola cautelare e inaridimento della verifica circa la sua efficacia nel caso di specie.

Lungo il primo versante (statico-dogmatico), l'evitabilità rappresenta infatti lo strumento tradizionalmente collaudato da dottrina e giurisprudenza per l'individuazione della regola cautelare, la cui violazione integra la condotta colposa. E' evidente che, in questo senso, l'evitabilità non gioca sul campo dell'accertamento concreto, ma in una fase antecedente, quella appunto di predisposizione delle regole che presidiano l'azione in un determinato ambito.

Si coglie in tal modo anche lo stretto legame che astringe 'evitabilità' e 'prevedibilità': è addirittura intuitivo, infatti, che la regola precauzionale si fonda sulla prevedibilità di alcuni accadimenti lesivi per un bene giuridico e sulla conseguente predisposizione di determinati protocolli d'azione (o anche più radicalmente di non azione) funzionali ad evitarli²⁹⁴.

Ne deriva dunque che <<sono regole di condotta preventive quelle che prescrivono certi comportamenti non tenendo i quali è 'prevedibile', e tenendo i quali è 'evitabile', un evento lesivo>>²⁹⁵.

Posta allora la stretta interconnessione tra prevedibilità ed evitabilità si rende palese come la prima rappresenti il presupposto fondativo della regola cautelare, in un certo modo l'*an* o, detto altrimenti, il motivo per il quale viene ad essere

²⁹³ Cfr. sul punto L. GIZZI, *Il comportamento* cit., 4115; G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 276 e ss.; G. CIVELLO, *La colpa* cit., 245 e ss.

²⁹⁴ Cfr., per tutti, M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., 642; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 178; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 387; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 177.

²⁹⁵ G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 277 che, sul punto, rimanda a sua volta a F. MANTOVANI, voce <<Colpa>>, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 307.

predisposta una regola cautelare, che tuttavia non viene ancora performata nel suo *quomodo*: l'evitabilità si rivela funzionale proprio a questa individuazione²⁹⁶.

In altri termini se la prevedibilità è il presupposto di fondo della regola cautelare, l'evitabilità rappresenta il contenuto, la conformazione modale della regola cautelare stessa, che dunque ne viene determinata sotto il profilo contenutistico, attraverso la descrizione del contegno (diligente) che *ex ante* appare idoneo a scongiurare quell'evento (prevedibile).

Ne deriva, in definitiva, sul piano statico-dogmatico, che l'evitabilità – nella sua costante dialettica in prospettiva *ex ante* con la prevedibilità – performa la struttura deontica e contenutistica della prescrizione cautelare, caratterizzandosi per una valutazione in astratto e per classi di comportamento²⁹⁷, fondata su di un giudizio di adeguatezza circa l'idoneità di determinati comportamenti ad impedire determinati accadimenti pregiudizievoli in base al sostrato conoscitivo nomologico disponibile al tempo in cui viene formulata la regola cautelare²⁹⁸.

Deve essere a questo punto rilevato, per impostare correttamente il seguito del ragionamento, che la definita centralità dell'evitabilità nel giudizio di colpa, oggi autentica *communis opinio*, rappresenta una conquista relativamente recente, se si

²⁹⁶ Cfr. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., 458.

²⁹⁷ G. MARINI, voce <<Colpa (diritto penale)>>, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. VI, Roma, 1988, 5 e ss.; M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., 644, G. CARUSO, *Gli equivoci*, cit., 278; G. CIVELLO, *La colpa*, cit. 252-253. In giurisprudenza, per tale delineazione di tipo 'statico-dogmatico' dell'evitabilità (che non accede tuttavia alla pur necessaria e conseguente configurazione dinamico-processuale) si veda Cass. Pen., 6 dicembre 1990, Sonetti, in *Foro it.*, II, 1992, 36: <<Ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione 'ex ante' dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione; l'evitabilità si misura, non al momento del verificarsi dell'evento, sibbene nel momento in cui si pone in essere la condotta, nel senso che, come il giudizio di prevedibilità va effettuato «ex ante», anche il giudizio di evitabilità non può non essere fatto «ex ante», alla stregua del medesimo «modello di agente»>>.

²⁹⁸ Cfr. A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva*, cit., 180, il quale, a proposito della formazione in chiave preventiva delle regole cautelari, afferma: <<La creazione di qualsiasi 'cautela' è infatti preceduta dall'osservazione del rapporto causa-effetto tra determinati comportamenti ed altrettanto specifici risultati. Quando sembra essersi ottenuta - sotto il profilo statistico - una confortante riprova del nesso intercorrente tra essi, stante la nocività degli eventi derivati, e sempre sul fondamento dell'adeguato bilanciamento con l'utilità sociale della condotta, il legislatore, facendosi garante delle istanze provenienti dal corpo sociale, interviene, proibendo la condotta fonte di pericolo. La regola cautelare rappresenta dunque, adoperando la terminologia comune, la "cristallizzazione di giudizi di prevedibilità ed evitabilità ripetuti nel tempo">>.

pensa che dottrina e giurisprudenza maggioritarie, almeno sino agli anni '50 del secolo scorso, tendevano a non annoverare espressamente l'evitabilità (al tempo più comunemente definita come 'prevenibilità'²⁹⁹) tra gli elementi costitutivi del giudizio di colpa. Ed infatti è noto che nel torno storico di affermazione della teoria della 'causalità efficiente' e della c.d. colpa specifica, la stessa 'prevedibilità' venisse considerata estranea all'intima struttura della colpa, tanto che la trattazione della stessa 'prevenibilità' dell'evento nei comuni manuali sarebbe stata qualificata come un <<fuor d'opera>>³⁰⁰.

Si osservi, ad ulteriore riprova di quanto si vien dicendo, come anche nel sistema criminale di Francesco Carrara - che tuttavia non nega nella colpa un riferimento alla prevedibilità³⁰¹ - la nozione di evitabilità-prevenibilità risultasse pressoché assente, poiché la scienza penalistica del XIX secolo tendeva a ritenere che il 'prevedibile' fosse, per ciò stesso, 'evitabile'³⁰².

Emilio Brusa, affermando che per fondare il giudizio di colpa <<l'evento non si deve soltanto poterlo *prevedere* ma anche poterlo *prevenire*>> (*Dottrina generale del reato* del 1884³⁰³) fu uno tra i primi studiosi italiani ad evidenziare la

²⁹⁹ Predilige tale nomenclatura, ad esempio, F. MANTOVANI, voce *Colpa*, cit., 307; Va detto che nell'ambito statico-dogmatica di cui si discute, dunque in una prospettiva *ex ante*, il termine prevedibilità appare maggiormente evocativo della dialettica con la adiacente prevenibilità nella strutturazione della regola cautelare; il termine evitabilità, invece, accede molto più ad una prospettiva *ex post*, tipica del contesto controfattuale dell'accertamento causale.

³⁰⁰ Così O. CECCHI, *Il delitto colposo*, Santa Maria Capua Vetere, 1950, 51. L'Autore ridimensionava a tal punto la teoria della prevenibilità da ritenere di poterla confutare *per relationem*, limitandosi a richiamare le obiezioni svolte al riguardo della teoria della prevedibilità.

³⁰¹ Cfr. G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 39, nota n. 96, ove l'Autore, richiamando il sommo Carrara, ne riporta un passaggio: <<la colpa si definisce la volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto>> (F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, 6 ed., 1886, § 60 - rist. Bologna 1993, 110).

³⁰² Cfr. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 70: <<esemplificativa è sotto questo profilo la scarsa autonomia dell'evitabilità-prevenibilità nella dogmatica carrariana. Questa, infatti, da un lato si incentrava su quell'adesione al libero arbitrio (cfr. *Programma*, § 1, nota 46) caratteristica delle concezioni teiste del diritto; dall'altro lato, finiva conseguentemente per negare autonomia al requisito della evitabilità, pur formalmente individuato in quella *potenza di prevenire* (*Programma*, I, 85), che coincide con la prevedibilità>>.

³⁰³ Cfr. E. BRUSA, *Dottrina generale del reato*, Torino, 1884, 16 ss., 90 ss.; nella dottrina tedesca, seppur con diverse declinazioni, è presente la teoria della colpa quale "antigiuridicità evitabile" (F.

necessità di un'attenta considerazione della prevenibilità nel fatto colposo, seguito oltralpe da Robert von Hippel³⁰⁴. Senonché, tale teoria sarebbe stata contestata dall'orientamento maggioritario, il quale avrebbe ricondotto l'inevitabilità alla categoria generale della 'forza maggiore', estranea al tema della colpa, assumendosi che la 'non evitabilità' dell'evento costituisse esclusivamente "elemento negativo dell'elemento psichico"³⁰⁵, non essendo dotata di uno statuto autonomo, come tale degno di nota.

La corrente del tecnicismo giuridico, infine, sarebbe giunta ad affermare la superfluità tanto del concetto di 'prevedibilità', quanto di quello di 'prevenibilità', posto che <<alla repressione della colpa non occorre alcun *legame psichico* tra la condotta dell'agente e l'evento non voluto, non essendo richiesta la verifica dell'evento come elemento dell'imputabilità per colpa, ma soltanto come condizione obiettiva di punibilità del fatto a titolo di delitto colposo. La prevedibilità e la prevenibilità maggiori o minori dell'evento, o l'imprevedibilità e l'imprevenibilità, potranno avere influenza sull'applicazione della pena (v. art. 61 n. 3; 133 cod. pen.), ma non sulla punibilità della colpa>>³⁰⁶.

Entrambi i fattori della dialettica (prevedibilità - prevenibilità) dunque, venendo identificati con elementi psichici, venivano facilmente 'messi fuori gioco' da una concezione della colpa rigorosamente normativa. E ciò non deve destar scalpore se si pensa che la stessa concezione normativa della colpevolezza, nella sua più risalente formulazione³⁰⁷, riduceva la radice del rimprovero a semplice antidoverosità della condotta (intesa alla stregua di una divergenza

BEROLZHEIMER, *System Der Rechts- Und Wirtschaftsphilosophie*, V Band, *Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform*, München, 1907, 67).

³⁰⁴ Cfr. VON HIPPEL R., *Manuale di diritto penale*, trad. it. R. VOZZI, Napoli, 1936, 204.

³⁰⁵ Cfr. E. ALTAVILLA, *La colpa. Parte prima. La colpa aquiliana. Parte seconda, La colpa penale*, Torino, 1957, 47: <<la teorica della prevenibilità non può dirsi esclusiva e distintiva della colpa, ma enuncia, come dicemmo, soltanto la causa di esclusione dell'elemento psichico>>.

³⁰⁶ Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., vol. I, 694.

³⁰⁷ Cfr. G. CARUSO, *La discrezionalità penale. Tra <<tipicità classificatoria>> e <<Tipologia ordinale>>*, Padova, 2009.

dell'agire rispetto ad un parametro normativo): ne derivava che anche il fulcro della colpa non potesse che essere visto nella violazione cautelare, più che nell'evento, concentrandosi dunque l'addebito sul disvalore di condotta.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana segnò un passaggio fondamentale per il concetto di evitabilità dell'evento mediante il riconoscimento espresso di una responsabilità penale personale (nel significato più pregnante del lemma): un evento inevitabile non si sarebbe potuto imputare per colpa ad un soggetto, a meno di non rendere l'imputazione contrastante con il principio di responsabilità per fatto proprio colpevole.

Non è infatti un caso che la dottrina più accorta sottolineasse apertamente: <<il giudizio con il quale si accerta la rappresentabilità dell'evento non consente ancora di qualificare come colposo un certo comportamento, se l'evento stesso non risulti uno di quelli che possono essere evitati mediante l'astensione dall'azione, da certe modalità dell'azione, o adottando particolari cautele>>³⁰⁸ ed ancora più chiaramente: <<in tanto sussisterà la tipicità colposa, in quanto l'agente avrebbe dovuto riconoscere il fatto e tale riconoscimento avrebbe dovuto indurlo a evitarne la verifica. Meglio: avrebbe dovuto indurlo a comportarsi diversamente da come si è comportato in vista dell'esigenza di evitare la realizzazione del fatto lesivo>>³⁰⁹. Quest'ultima espressione di Gabrio Forti appalesa con chiarezza il ruolo dell'evitabilità in questo primo frangente statico-dogmatico: egli infatti proprio al fine di meglio esplicitare il suo pensiero, sostituisce alla conclusione della frase legata alla verifica concreta dell'evento (che certo rileverà, ma sul diverso piano *ex post* della prospettiva

³⁰⁸ M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., 640; l'Autore, inoltre, chiarisce: <<così ad esempio, benché astrattamente rappresentabile, il sinistro cagionato dalla condotta in particolari condizioni di menomazione [...] per un qualunque motivo non avvertita dall'agente, non è imputabile a titolo di colpa, in quanto in un caso del genere *non appare formulabile alcuna regola di comportamento la cui osservanza sia idonea a prevenire l'evento*>> (i corsivi sono di chi scrive). Da tali parole – riportate anche da G. CIVELLO, *La colpa* cit., 249, nota n. 13, per sottolineare l'emersione di una sempre più consistente attenzione per il piano della 'prevenibilità' – emerge chiaramente che l'evitabilità, in questo primo versante statico-dogmatico svolge la sua funzione nell'individuazione della regola di condotta o, più precisamente, nel costruire il contenuto della regola di diligenza che deve orientare l'azione del consociato.

³⁰⁹ G. FORTI, *Colpa ed evento* cit., 236-237

dinamico processuale dell'evitabilità) il riferimento al comportamento che avrebbe dovuto tenere l'agente: il riferimento all'identificazione del comportamento alternativo lecito quale contenuto deontico della regola di diligenza emerge chiaramente.

Infine, per concludere il percorso storico brevemente tratteggiato, l'intervento della Corte Costituzionale con la storica sentenza n. 364 del 1988³¹⁰ in tema di *error juris* non lasciò più adito ad opinioni recalcitranti all'inserimento, quale momento fondamentale, nella struttura della colpa del binomio prevedibilità-evitabilità: la Consulta, infatti, chiarì che solo in un sistema improntato ad una funzione unicamente general-preventiva della pena (soluzione incompatibile con il nostro ordinamento costituzionale) si potrebbe considerare legittima una responsabilità penale per un fatto che non sia riconducibile alla colpa dell'agente nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento³¹¹.

Oggi pertanto, il canone di evitabilità (al pari ed al fianco di quello di prevedibilità) costituisce secondo l'orientamento maggioritario un elemento impreteribile della colpa.

Va però precisato che, se l'inclusione del coefficiente della 'prevenibilità-evitabilità' dell'evento sul piano 'statico-dogmatico' performativo della regola cautelare si è definitivamente imposto, ancorché gradualmente, nella riflessione penalistica italiana del '900, ciò attiene più propriamente al solo piano dogmatico, che non sempre viene adeguatamente tenuto distinto dall'inquadramento dell'evitabilità sul piano 'dinamico-processuale': piano che rappresenta, come già sopra si è visto analizzando la giurisprudenza, uno dei temi di più pressante attualità, non solo a fini teorici, bensì anche a quelli più 'prosaicamente' pratico-applicativi.

Sotto questo profilo il tema dell'evitabilità assume un ruolo del tutto diverso, poiché esso diviene il perno del dinamismo probatorio ascrittivo dell'evento al soggetto agente, rappresentando il momento di verifica della

³¹⁰ Cfr. G. CARUSO, *Ignoranza ed errore su legge penale*, in M. RONCO (a cura di) *Commentario cit.*, 775 e ss.

³¹¹ Cfr. C. Cost. 24 marzo 1988 n. 364, in *Riv. Pen.*, 1988, 1156. Tale passaggio viene evidenziato anche da G. CIVELLO, *La colpa cit.*, 250.

effettiva materializzazione della violazione cautelare nell'evento. Sotto questa luce allora l'evitabilità deve andare intesa come accertamento processuale, specifico e concreto, circa la capacità di scongiurare l'evento ad opera del comportamento alternativo lecito (già individuato in base ad una sua valutazione *ex ante*), divenendo l'autentico strumento di collegamento tra l'evento lesivo e la condotta storicamente serbata siccome informata dalla violazione della regola cautelare. Ma è chiaro che in questa seconda dimensione, l'evitabilità dell'evento mediante il contegno osservante la regola di diligenza non può che essere sondata attraverso una prospettiva *ex post*, manifestandosi così chiaramente l'identità di struttura epistemologica rispetto all'accertamento causale³¹².

In altri termini, in questa prospettiva dinamico-processuale si disvela tutta la portata euristica dell'evitabilità quale "trasformatore di tipicità": il giudizio *ex post* circa l'evitabilità dell'evento si volge a considerare la situazione concretamente verificatasi, essendo teso a stabilire se, ove osservato, il comportamento conforme alle regola di diligenza - *ex ante* valutata idonea ad evitare eventi del tipo di quello verificatosi - avrebbe effettivamente impedito la produzione dell'evento lesivo o meno, poiché laddove non fosse possibile concludere in senso affermativo con sufficiente certezza non si potrebbe ritenere integrato completamente il *Tatbestand* colposo, venendo meno il disvalore d'evento.

E' evidente dunque come in tale dimensione l'evitabilità, andando a sondare il possibile fallimento *ex post* della regola di diligenza ritenuta idonea *ex ante*³¹³, si intrecci intimamente al tema del comportamento alternativo lecito,

³¹² Cfr. sul punto G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 280 e 281.

³¹³ In questo senso G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 663 e 664 L'Autore coglie puntualmente la rilevanza del c.d. comportamento alternativo lecito sul giudizio di evitabilità: «col criterio in esame si intendono sondare le ipotesi nelle quali la corrispondenza dell'accadimento concreto al modello di previsione proprio della regola di diligenza non ha assicurato anche il successo del modello di prevenzione che questa esprime. Individuata cioè la diligenza prescritta, ci si avvede che la sua osservanza (e dunque l'adozione di cautele *ex ante* idonee a contrastare modalità dell'evento o singoli sotto-eventi) non sarebbe valsa comunque a evitare l'evento, *nonostante* la accertata realizzazione nel fatto del rischio preso in considerazione dalla regola stessa [...] Dire che il criterio basato sulla rilevanza del comportamento alternativo lecito concerne la questione dell'evitabilità è dunque esatto solo in parte. Più appropriato è invece il rilievo di come esso investa ipotesi di inevitabilità dell'evento 'residuali', 'specifiche', e cioè riscontrabili pur in un

ovverosia a quella seconda dimensione della causalità della colpa che a sua volta rappresenta la dimensione oggettiva dell'evitabilità³¹⁴.

Volendo schematizzare si potrebbe accedere ad una tale visualizzazione:

	Piano oggettivo	Piano soggettivo
<i>Ex ante</i>	Individuazione regola cautelare	Prevedibilità
<i>Ex post</i>	Causalità della colpa: evitabilità mediante il comportamento alternativo lecito	Esigibilità

Quindi, sul solo piano colposo dell'evitabilità intesa in questa seconda dimensione:

Evitabilità

dimensione oggettiva: causalità della colpa

dimensione soggettiva: esigibilità

quadro di corrispondenza tra accadimento concreto e modello di previsione espresso dalla regola di diligenza. Di per sé, infatti, l'asserzione *tout court* della inevitabilità dell'evento malgrado l'osservanza della diligenza prescritta potrebbe derivare da due ordini di considerazioni e dunque, fondamentalmente, da due tipi di fallimento constatato *ex post* della regola di diligenza prospettata *ex ante* [...] Il giudice potrebbe prima di tutto aver accertato che l'evento si è verificato attraverso un decorso causale di cui non si era tenuto conto nella costruzione della regola di diligenza o la cui probabilità di verificazione non era stata ritenuta sufficientemente elevata in rapporto alla 'gravità' per imporre cautele *ad hoc* o l'astensione *tout court* dalla condotta [...] In realtà, l'interruzione del nesso di imputazione sarebbe qui da ascrivere, prima ancora, all'assenza della 'realizzazione del rischio' nell'accadimento concreto: il fatto non può considerarsi realizzazione del pericolo illecito in quanto in esso non sono riscontrabili gli aspetti che nella prospettiva *ex ante* l'agente avrebbe dovuto riconoscere [...] Il tipo di 'fallimento', constatato *ex post*, della regola di diligenza, che qui ci accingiamo a considerare, proprio in quanto dotato di una precisa autonomia rispetto al parametro della 'realizzazione del rischio', riguarda invece quelle ipotesi nelle quali l'insuccesso preventivo della condotta cautelare non sia da ascrivere alla verificazione di rischi che non erano stati previsti, ma alla insufficienza della condotta diligente a contrastare proprio il tipo di pericoli identificati *ex ante* e 'realizzatasi' nell'accadimento concreto>>>.

³¹⁴ Cfr. per la distinzione tra elemento oggettivo (causalità della colpa) e soggettivo (esigibilità) dell'evitabilità G. CIVELLO, *La colpa* cit., 255 e 256.

Questa articolata collocazione dell'evitabilità, specialmente nella sua prospettiva dinamico-processuale, rende ragione della sovrapposizione che spesso si avverte analizzando la giurisprudenza tra il tema dell'evitabilità come ultimo tassello di accertamento della colpa e come dispiegamento del giudizio controfattuale in ambito strettamente causale, *a fortiori* laddove si consideri il problema distinguendo tra le ipotesi sopra classificate *sub* 1), 2) e 3).

Se infatti nelle prime due si può convenire che il giudizio di evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito si iscriva nell'orizzonte di senso della 'causalità basica' (pur mantenendo una sua autonomia concettuale) e debba dunque essere riscontrato con il medesimo rigore probatorio riconosciuto per quest'ultima, in merito alle ipotesi *sub* 3), pur all'interno dell'orientamento che inserisce il giudizio di evitabilità nell'ambito della colpa³¹⁵ è necessario svolgere degli approfondimenti ulteriori.

Va infatti chiarito che, come già anticipato in precedenza, l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, nella seconda dimensione, condivide lo statuto epistemologico della causalità e in quanto tale deve essere trattata alla stessa stregua, vale a dire deve andar valutata secondo una prospettiva *ex post* a base totale e accertata con una probabilità logica confinante con la certezza. Va cioè provato oltre 'ogni ragionevole dubbio' che sia stata proprio quella condotta (non solo naturalisticamente considerata, 'nuda e cruda', ma anche e soprattutto) in quanto colposa ad aver cagionato l'evento, non

³¹⁵ Tra gli studiosi che in tempi relativamente recenti hanno qualificato il 'comportamento alternativo lecito' e l'evitabilità in concreto dell'evento quale capitolo fondamentale della teoria della colpa, si vedano principalmente G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 659 ss., ed in specie 660, nota n. 3, il quale, con precipuo riguardo alla dottrina tedesca, osserva: <<Secondo opinione di larga dottrina e, come noto dello stesso Roxin, il requisito in esame è ormai assunto come elemento generale dell' "imputazione obiettiva" e dunque come momento anteriore alla verifica del dolo e della colpa. Qui si ritiene al contrario che esso, al pari del *Risikozusammenhang* propriamente detto, attenga non già a un siffatto piano di "imputazione obiettiva", bensì al più presto a quello della imputazione "per colpa", riguardando la questione della *valutazione* da parte dell'ordinamento di un evento che è pur sempre "opera" dell'agente, ma di cui è discussa la ascrivibilità a colpa, attesa la sua certa, probabile o possibile verifica [...] anche a seguito di una condotta valutata *ex ante* come conforme al dovere>>; L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1062 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 334-335;

essendovi alcuna ragione per diversificare il rigore probatorio in un caso [le ipotesi *sub* 3)] rispetto agli altri [le ipotesi *sub* 1) e 2)]: se infatti causalità e causalità della colpa, pur non andando identificate, presentano la stessa struttura epistemologica, non vi è ragione di trattarle diversamente, neppure a fronte delle diversità strutturali che connotano azione ed omissione.

2.2. Autonomia concettuale della ‘causalità della colpa’ rispetto alla causalità ‘basica’. E’ la ‘causalità della colpa’ a qualificare compiutamente il Tatbestand

Il tema della evitabilità (definito, con una brachilogia, ‘causalità della colpa’³¹⁶) presenta, come detto, plurimi punti di contatto con quello della causalità ‘basica’ e proprio questa vicinanza concettuale, in uno con l’assonanza terminologica, ha determinato spesso fraintendimenti in giurisprudenza.

Senonché, prima di approfondire il ruolo dell’evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito nella dialettica tra prospettiva *ex ante* e prospettiva *ex post*, appare utile rinvigorire la distinzione tra i piani del nesso eziologico materiale e del nesso eziologico normativo.

Salvo i casi limite, non risulta oltremodo complesso distinguere tra l’uno e l’altro piano, così come è possibile dimostrare partendo proprio da una rapida esemplificazione nella quale sussista il nesso materiale ma non quello normativo.

Si consideri l’ultimo caso trattato nel primo paragrafo del presente capitolo: si trattava di una collisione tra due veicoli, uno dei quali (A) impegnava un incrocio semaforico con luce verde ma alla velocità di 74 Km orari (anziché a 50 Km orari come prescritto dalla regola di diligenza). Il veicolo - in realtà un

³¹⁶ Cfr. G. CIVELLO, *La colpa* cit., 250: <<Per identificare brachilogicamente la necessità che, ai fini della colpa, venga enucleato il “comportamento alternativo diligente” che sarebbe stato idoneo a scongiurare l’evento, è stata da tempo coniata la locuzione causalità della colpa>> in nota (n. 16) lo Studioso patavino chiarisce inoltre (richiamando A. MASSARO, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell’evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. Pen.*, 2009, 12, 4703): <<Si tratta, evidentemente, di una brachilogia in quanto sarebbe stato più corretto parlare di “causalità della condotta colposa”, piuttosto che di “causalità della colpa”, visto che la colpa è il concetto riassuntivo alla cui definizione lo stesso contribuisce>>.

motociclo - (B) proveniente dalla strada laterale gravata dal segnale di fermata (luce semaforica rossa) nel transitare comunque attraverso l'incrocio veniva colpito in pieno dall'auto. A seguito dell'impatto il conducente di (B) riportava gravi lesioni che lo conducevano alla morte. Il conducente di (A) veniva imputato per omicidio colposo.

Posto - in termini in tal modo semplificati - il caso, il ragionamento che dovrebbe condursi per verificare tutti i nessi necessari al fine di ritenersi fondato l'addebito di responsabilità sul piano oggettivo del *Tatbestand* è così scandito³¹⁷:

- a) nesso di causalità materiale (o 'basica'): l'impatto tra (A) e (B) ha cagionato al conducente di quest'ultimo un politrauma dal quale è derivata (attraverso una catena di passaggi patologici) la morte dello stesso; dunque tale nesso sussiste;
- b) concretizzazione del rischio (primo gradino della causalità della colpa o dell'evitabilità intesa come idoneità *ex ante* della regola di diligenza ad evitare eventi del tipo di quello verificatosi): la regola cautelare che impone di viaggiare a 50 Km orari è volta a scongiurare il verificarsi di collisioni tra veicoli, in quanto la velocità indicata si reputa (in linea generale) *ex ante* idonea a prevenire incidenti stradali; pertanto anch'essa deve intendersi sussistente;
- c) causalità della colpa (in senso proprio, ovverosia come evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito da valutarsi *ex post*): qualora (A) fosse transitato ad una velocità pari a 50 Km orari, l'impatto letale si sarebbe concretamente evitato o, date le circostanze concrete, si sarebbe comunque verificato³¹⁸?

La distinzione tra i due piani di nostro interesse – a) e c) – appare abbastanza evidente: nel primo caso si accerta nella sua nuda materialità una eziologia puramente naturalistica senza in alcun modo contrassegnare le rispettive condotte da profili di violazione cautelare; nel secondo invece il nesso causale viene

³¹⁷ Scansione simile si ritrova in G. CIVELLO, *La colpa* cit., 258.

³¹⁸ Nel caso di specie venne accertato che anche se l'imputato avesse mantenuto l'andatura di 50 Km orari l'evento *hic et nunc* si sarebbe comunque verificato senza apprezzabili differenze.

‘tarato’ sulle specifiche venature antidoverose che connotano la condotta materiale, al fine di verificare se sia stata proprio quella violazione caratterizzante la condotta ad essere causale rispetto all’evento.

Del resto sembra proprio l’aspetto di violazione cautelare a conferire peso specifico alla valutazione giudiziale rispetto all’evento, anche già su di un piano logico e di senso comune. Per avvedersene basti modificare leggermente l’esempio sopra riportato, inaridendolo di ‘cautelarità’, nel modo seguente:

(A)e (B) in una strada a senso unico collidono l’uno con l’altro.

In tal caso, al di là della mera constatazione del verificarsi di un sinistro, non è possibile comprendere a chi attribuire la responsabilità del sinistro (o eventualmente come ripartirla) senza arricchire la descrizione di elementi normativi; in altri termini senza sapere chi abbia occupato la strada a senso unico imboccandola al contrario non è assolutamente praticabile un addebito di responsabilità per il sinistro. Ciò - chiaramente nell’approssimazione di un esempio che nasce estremo per la volontà di chiarire il concetto - rende palese come ad indirizzare la valutazione causale nel mondo giuridico sia forse più la causalità della colpa che la causalità ‘basica’ (la quale continua ovviamente a rappresentare un punto di partenza imprescindibile non potendosi assolutamente propugnare forme di responsabilità per colpa senza causalità³¹⁹).

E’ infatti la causalità della colpa che consente in senso proprio di ‘decriptare’ il disvalore giuridico (ed ancor prima la portata assiologia) della condotta, giustificando l’ascrizione del fatto in armonia con i principi costituzionali. A nutrire di significato l’imputazione giuridica, dunque, non è la concatenazione dell’evento ad un’azione ‘neutra’, ‘grezza’, percepita quale mero dinamismo empirico, bensì il legame che astringe una condotta già plasmata e curvata dall’antidoverosità normativa con l’evento, sul quale essa si riversa con tutta la sua previa inclinazione assiologia³²⁰. Del resto, come giustamente è stato

³¹⁹ Sul punto si vedano le osservazioni sopra svolte, seguendo la serrata critica svolta da Massimo Donini, nei confronti della tesi espressa da F. Viganò.

³²⁰ M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 192: <<il procedimento di generalizzazione, che caratterizza intrinsecamente la modalità in cui si attua la dimensione della giuridicità [...] non può essere svolto a partire dall’azione puramente materiale, spogliata, cioè, da ogni connotazione finalistica, a meno di

notato da M. Ronco, la stessa circostanza che il legislatore abbia previsto una categoria causale omissiva, priva di alcuna consistenza fisica e avente natura squisitamente normativa, dimostra come il legislatore stesso non avesse affatto identificato la causalità giuridica con un concetto meramente naturalistico e ‘fisicistico’³²¹. Ne risulta confermata allora l’affermazione secondo la quale il vero connettore di tipicità, capace di convogliare nell’evento il disvalore di condotta integrando compiutamente il *Tatbestand* sia (ancor più della causalità ‘basica’) proprio la causalità della colpa.

Questa chiarificazione accede, dunque, ad altri due nodi tematici che, pur avendo costituito la filigrana di tutta la ricerca, devono trovare conclusiva risposta³²²: da un lato, se quanto è detto è vero, cioè che è proprio la causalità della colpa, ancor più della causalità ‘basica’, a dare linfa al *Tatbestand*, allora non vi chi non veda come una qualsiasi flessione del rigore probatorio della prima a fronte della granitica richiesta di certezza per l’accertamento della seconda si riveli ingiustificato.

Dall’altro lato questo stesso problema appare originato da una sovrapposizione tra piani: quello della dimensione oggettiva della regola cautelare, della dimensione soggettiva della prevedibilità dell’evento, e della dimensione oggettiva dell’evitabilità mediante il comportamento alternativo lecito (la vera e propria ‘causalità della colpa’).

Procedendo dunque con ordine logico si tenterà prima di dipanare questa indebita sovrapposizione, per accedere poi alla conclusione in punto di grado di corroborazione processuale della ‘causalità della colpa’.

rinunciare aprioristicamente ad apprezzare come giusti o come ingiusto i tipi generali e ideali dei comportamenti dell’uomo. La norma di condotta, invero, non può essere univocamente formata né apprezzata socialmente, guadagnandosi il consenso degli associati, se non è determinata assiologicamente, in base, cioè, a una prospettiva di valore o di disvalore>>. Così anche G. CIVELLO, *La colpa* cit., 278.

³²¹ M. RONCO, *La dimensione oggettiva del fatto tipico*, in *Commentario* cit., 237.

³²² E’ evidente che si tratta di risposte che accedono pur sempre a conclusioni - per così dire - interlocutorie, non avendosi certo la presunzione di poter risolvere tutti i problemi che da decenni affannano la dottrina penalistica; piuttosto si tratta di un contributo che si spera possa offrire quantomeno una maggiore chiarificazione nelle categorie chiamate in causa dalle trame tematiche di cui si discute, da inserirsi nella sempre dinamica e perfettibile evoluzione della scienza giuridica.

2.3. *La dimensione ex ante dell'evitabilità ed il suo rapporto con le regole cautelari*

La sovrapposizione di cui si diceva in chiusura del paragrafo precedente si rende ben evidente nelle chiare parole di Giorgio Marinucci: <<sarebbero le stesse norme di diligenza che segnano i limiti del rischio consentito ad imporre che si accerti l'aumento del pericolo e non (il certo o probabile) impedimento dell'evento, perché giammai quelle norme garantirebbero l'impedimento delle lesioni, bensì sempre la minimizzazione del rischio: la riduzione del rischio al minimo socialmente tollerabile>>³²³.

A ben vedere, se è pur vero che nell'ambito della dimensione oggettiva della colpa, possono avere (ed in realtà hanno) dignità di precetti cautelari non solo le regole c.d. proprie (idonee cioè a scongiurare con certezza l'evento: scaricare l'arma prima di pulirla per evitare l'espulsione accidentale del proiettile), ma anche (e con più frequenza) le regole cautelari c.d. improprie³²⁴ (idonee cioè a diminuire il rischio di verificazione dell'evento: viaggiare a 50 Km orari in centro abitato riduce il rischio di incidenti), ed è parimenti vero che ai fini della prevedibilità (*ex ante*) è sufficiente che l'agente si prefiguri l'evento finale quale conseguenza solo probabile della sua condotta, tuttavia nel momento di accertamento del nesso di causalità della colpa (*ex post*) il ricorso a ipotesi congetturali (per quanto rispondenti all'*id quod plerunque accidit*) non possono essere ammessi, essendo necessario ancorare anche la valutazione della causalità

³²³ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 21.

³²⁴ Si è già in precedenza richiamato su tale distinzione il lavoro di P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., nel quale l'Autore approfondisce con mirabile chiarezza la tematica delle regole cautelari proprie ed improprie, offrendo peraltro una chiave di lettura al problema della diversificazione del grado di corroborazione processuale dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito tra reato commissivo e reato attivo proprio sulla base della distinzione tra le due tipologie di norme cautelari, concludendo per una impraticabilità (o meglio per una mancanza di opportunità di adottare) delle regole cautelari improprie nell'ambito del reato omissivo.

della colpa, al pari di quella ‘basica’ ad inferenze certe o confinanti con la certezza³²⁵.

Se si considera nuovamente l’esempio in precedenza utilizzato è agevole distinguere i piani della (a) dimensione oggettiva della regola cautelare, della (b) dimensione soggettiva della prevedibilità e della (c) dimensione oggettiva dell’evitabilità (*id est*: ‘causalità della colpa’).

- (a) Procedere a 50 km orari in centro abitato permette, secondo una valutazione *ex ante* (oggettiva) di evitare (o meglio: di ridurre il rischio del verificarsi di) sinistri stradali;
- (b) Procedere concretamente a 74 km orari in centro abitato rende prevedibile (*ex ante*) al soggetto agente (quindi prospettiva soggettiva) la possibilità di collidere con altri veicoli (o con dei pedoni);
- (c) In quel caso concreto va dimostrato (*ex post*) che se si fosse tenuta l’andatura di 50 km orari si sarebbe evitato (oggettivamente) quell’evento in concreto occorso (*hic et nunc*).

‘Sezionato’ in questi termini il problema, appare dunque più che condivisibile l’affermazione di F. Giunta³²⁶ secondo cui sussiste una radicale differenza tra il piano della regola cautelare, come modello di conciliazione tra liceità dell’attività e suo coefficiente di rischio, ed il piano del giudizio di evitabilità, come modello di ascrizione dell’evento³²⁷.

In altri termini se nella prospettiva *ex ante* il ruolo dell’evitabilità - che potremmo in questo caso definire per chiarezza espositiva *prevenibilità* (in connessione dialettica con il concetto di prevedibilità) - è quello di costituire il referente sul quale costruire la regola cautelare (con la conseguenza di ammettere

³²⁵ In termini del tutto analoghi G. CIVELLO, *La colpa* cit., 262.

³²⁶ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 385: <<la differenza sta nel fatto che nella prima ipotesi, essendo le valutazioni di rischio già implicite nella regola (assunta come modello di previsione e di trattamento del rischio), l’evitabilità dell’evento si verifica appurando l’esistenza della regola doverosa e il suo contenuto precettivo; nella seconda ipotesi, l’evitabilità è verificabile accertando se e come la violazione di quella regola [...] abbia inciso sulla verifica dell’evento>>.

³²⁷ Così anche G. CIVELLO, *La colpa* cit., 263, che richiama in nota (n. 17) lo stesso passaggio di F. Giuta.

per sua stessa natura una valutazione solamente probabilistica), laddove il giudizio di evitabilità sia calato nella sua dimensione dinamico-processuale (dunque *ex post*), come accertamento dell'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito nel caso concreto, allora il rigore probatorio richiesto nella valutazione non può che essere rigoroso e richiedere parametri di probabilità logica confinante con la certezza, esattamente come in tema di causalità materiale (della quale, come si è più volte detto, condivide la struttura epistemologica).

Pertanto vanno tenute distinte, da un lato <<l'efficacia preventiva "astratta" della regola cautelare ed il giudizio di predittività posto a fondamento della dimensione soggettiva della colpa, i quali possono ontologicamente essere declinati in termini di mera probabilità [...] e - dall'altro - l'evitabilità concreta dell'evento tramite la condotta alternativa diligente, la quale presenta a tutti gli effetti lo statuto epistemologico della causalità in senso stretto>>³²⁸.

Del resto, sul punto, lo stesso Massimo Donini – che pur giunge poi a soluzioni differenti rispetto a quelle qui presentate – distingue bene i due piani, riconoscendo con impeccabile chiarezza che <<nelle costellazioni di ipotesi qui discusse non si tratta di dubbi sulla regola cautelare *ex ante* (è indubbio per esempio che *non si doveva* violare il limite di 50 Km/h, o che *si doveva* effettuare una certa diagnosi), ma solo sull'evitabilità dell'evento in una valutazione *ex post* (è possibile o probabile che la velocità consentita, o la terapia doverosa, avrebbero evitato l'evento)>>.

Laddove i due piani rimangano ben distinti allora è possibile comprendere perché le obiezioni mosse ad una tale impostazione non sembrano cogliere nel segno.

Se infatti (almeno dalla prospettiva che qui si propone) la conseguenza dinamico-processuale di questo risultato guadagnato sul piano statico-dogmatico è la richiesta di un accertamento (dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo diligente) che assurga ad un grado di probabilità

³²⁸ *Ibidem*, 264. L'Autore, invero, descrivendo la struttura della regola cautelare nella dimensione *ex ante*, si concentra soprattutto sull'elemento della prevedibilità, la cui natura di momento soggettivo della colpa attrae anche l'evitabilità (valutata *ex ante*) con la quale, sinergicamente, individua sul piano oggettivo la regola cautelare che astrattamente risulta idonea a scongiurare l'evento.

prossimo alla certezza (si veda *infra* al paragrafo successivo), l'obiezione 'classica' che viene sollevata ritiene che in tal modo, non essendo praticabile la 'certezza' in determinati settori – spesso proprio quelli nei quali i beni giuridici coinvolti necessitano di più ampia salvaguardia – si creerebbero dei vuoti di tutela, ponendo nel nulla la portata generale della regola cautelare impropria.

In altri termini ciò che si lamenta è che così argomentando (ossia richiedendo per la causalità della colpa uno standard epistemologico pari a quello unanimemente condiviso per la causalità materiale) verrebbe ad essere vanificata la stessa *ratio* di tutela preventiva sottesa al concetto di responsabilità colposa in quanto il dovere di diligenza insito nei reati colposi si sostanzierebbe non soltanto nel neutralizzare completamente, ma anche nel ridurre il pericolo che si verifichi l'evento antiggiuridico³²⁹. In altri termini si sostiene che laddove il nesso materiale sia accertato con uno standard probatorio confinante con la certezza, ciò sarebbe già di per sé sufficiente ad ascrivere il fatto sul piano oggettivo all'agente, mentre la successiva imputazione soggettiva (così viene, in tal ottica, declinata la causalità della colpa) dovrebbe tollerare un grado di corroborazione processuale inferiore.

Lo stesso Paolo Veneziani, al cui lavoro si è più volte rinviato per la mirabile chiarezza con cui distingue tra regole cautelari "proprie" e "improprie", afferma che se le regole cautelari improprie <<per definizione non garantiscono l'azzeramento del rischio, la condotta definibile come colposa in quanto inosservante delle medesime non potrebbe mai risultare causale nel senso di cui all'art. 43 c.p. [...] laddove si pretenda la certezza dell'evitabilità dell'evento in caso di comportamento alternativo lecito [...]. Laddove il soggetto agisca creando un rischio non consentito in violazione di regole cautelari, e questa condotta sia naturalisticamente causale rispetto all'evento (art. 40, 1° co., c.p.) pare eccessivo richiedere – in una prospettiva normativa – la certezza dell'evitabilità dell'evento in caso di comportamento alternativo lecito>>³³⁰.

³²⁹ Cfr. G. MARINUCCI–E. DOLCINI, *Diritto penale, P. Gen.*, Milano, 2002, 240.

³³⁰ P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 28. Va tuttavia precisato, come ben nota anche G. CIVELLO, *La colpa* cit., 274, nota n. 45) che l'Autore, nel prosieguo dell'opera (182 e ss.) ricalibra queste osservazioni, sostenendo che proprio in presenza di regole improprie scarsamente scandite

E su questa linea di pensiero si inserisce anche la giurisprudenza maggioritaria, laddove si consideri che la Corte di nomofilachia afferma - nel caso del sinistro stradale più volte richiamato - a chiare lettere: <<sarebbe irrazionale rinunciare a muovere l'addebito colposo nel caso in cui l'agente abbia ommesso di tenere una condotta osservante delle prescritte regole cautelari che, sebbene non certamente risolutiva, avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verificazione dell'evento o (per dirla in termini equivalenti) avrebbe avuto significative, non trascurabili probabilità di salvare il bene protetto>>³³¹. Ed ancor più chiaramente il Supremo Collegio nel già riportato caso del disastro di Sarno - ove pur la Corte, come in precedenza evidenziato, aveva ben isolato la causalità della colpa rispetto a quella materiale, l'identificazione del comportamento alternativo lecito non quale mero 'doppione negativo' della regola cautelare e la ri-descrizione dell'evento - così statuisce: <<la trasposizione e l'utilizzazione per l'accertamento della colpa dei criteri utilizzati per l'accertamento della causalità comporterebbe [...] che sarebbe esigibile l'adozione delle regole cautelari [...] solo dopo che fosse accertato, in termini di elevata credibilità razionale che alla mancata adozione di regole di cautela consegua un determinato effetto dannoso. Ma questa operazione ermeneutica avrebbe come ovvio risultato quello di porre nel nulla la natura preventiva delle regole cautelari dirette ad evitare il verificarsi di eventi dannosi anche se scientificamente non certi [...] >>³³².

In queste argomentazioni - pur pregevolmente mosse dalla volontà di garantire una tutela anche a chi porta con sé il 'germe del danno'³³³ - si avverte tuttavia un'inversione logica tra piano *ex ante* e piano *ex post* della regola cautelare.

A ben vedere un conto è il giudizio di antidoverosità della condotta dispiegato *ex ante*, a livello di costruzione della regola cautelare - che non rimane

sul piano della determinatezza (dunque fumose a livello di 'preventiva efficacia impeditiva') lo standard probatorio dovrà essere più rigoroso.

³³¹ Cass. Pen., Sez. IV, 14 febbraio 2008 n. 19512.

³³² Cass. Pen., Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 16761.

³³³ Il provocatorio riferimento è ovviamente ad Arthur Kaufmann, sopra citato.

scalfito nella sua portata prescrittiva e modale generale – un altro è il giudizio di imputazione dell'evento a quella specifica violazione cautelare che definisce giuridicamente la condotta (da condursi *ex post* e su base totale).

La regola cautelare (impropria) violata, risultata inidonea ad evitare l'evento nel caso specifico, infatti, non perde sol per questo la sua portata protettiva generale nei confronti del bene giuridico, anche laddove non ne sia certa l'efficacia causale e impeditiva *ex ante*³³⁴.

Ne deriva che, sulla base dell'inidoneità in concreto della regola cautelare (propria o impropria che sia, a questo punto) a scongiurare l'evento tipico, il consociato non potrebbe certo esimersi dal rispettarla; ma neppure, al polo opposto, potrebbe ritenersi tecnicamente corretto ascrivere comunque all'agente un evento che in realtà non è processualmente certo (o altamente probabile) sia la effettiva materializzazione di quella violazione cautelare.

Né da un tale ragionare può essere dedotto che la funzionalità della regola cautelare non sarebbe mai apprezzabile *ex ante*, ma solo *ex post* transitando per un giudizio di aumento del rischio³³⁵.

Riprendendo l'orami noto esempio della collisione tra veicoli nell'ambito della circolazione stradale è infatti evidente che anche laddove si dimostrasse che tenere l'andatura prescritta dalla regola cautelare non avrebbe evitato, nel caso concreto ed in base ad un giudizio *ex post*, quello specifico evento, non significa affatto che si sia esentati dal rispetto della regola cautelare o che questa perda la sua efficacia preventiva generale³³⁶. Anzi: anche e proprio lo stesso conducente

³³⁴ Questa la condivisibile opinione espressa con molta chiarezza da L. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito* cit., 4134, nel rinviare a M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, sub art. 41, Milano, 2004, 409.

³³⁵ Cfr. G. CIVELLO, *La colpa* cit., 275 il quale richiama un'opinione riportata, ma in chiave critica, da M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 104: <<Lo scopo di tutela della regola cautelare consisterebbe nel ridurre il pericolo della lesione alla misura tollerata del rischio consentito, ma ciò non potrebbe essere apprezzato *ex ante*, dato che è la regola a stabilire i confini del rischio consentito *ex ante*, ed essa, se vigente, va comunque osservata: occorrerebbe, piuttosto, verificarlo anche a posteriori nel confronto con il decorso causale illecito attivato>>.

³³⁶ Lo stesso M. DONINI, *Imputazione oggettiva* cit. 103 e 104, che pur giunge a ritenere praticabile una flessione (sebbene contenuta) del rigore probatorio nelle ipotesi sopra definite *sub 3*) – chiarisce bene che: <<non è in discussione ciò che doveva fare il soggetto al tempo della condotta: si suppone che egli non sapesse e non potesse sapere se la sua condotta era realmente salvifica, ma

che l'ha violata nel caso formulato sarebbe comunque tenuto a rispettarla in una qualsiasi successiva occasione di circolazione stradale!

Del resto, come osserva F. Giunta: <<la funzione preventiva del dovere di diligenza risulta normalmente più ampia rispetto all'ambito di tutela della fattispecie colposa, se si considera che, anche quando la fonte del dovere di diligenza ne indirizza la funzione preventiva rispetto ad un evento determinato, tale avvenimento può risultare produttivo di molteplici offese, di cui solo alcune coincidono con quelle tipiche sul piano penale>>³³⁷.

Ne consegue che la pretesa di una certezza, nel caso concreto, in ordine alla connessione normativa dell'evento con la condotta curvata dalla violazione cautelare – volgentesi ad integrare completamente la tipicità del *Tatbestand* – non scalfisce la valenza precettiva generale della regola di diligenza violata: a ben vedere, anche sul piano *ex ante*, la regola cautelare non può essere edificata sulla base di una mera concatenazione fisico-naturalistica adiafora rispetto alla cogenza colposa che la innerva, di tal ché laddove due eventi astrattamente tipici discendessero dalla medesima violazione cautelare e solo una comportasse un evento comunque inevitabile, l'altra continuerebbe nondimeno a comportare un'ascrizione di responsabilità, confermando la capacità di tutela generale (e dunque la relativa apprezzabilità *ex ante*) della medesima regola cautelare.

Non meno evidente è la sovrapposizione logica tra piano il piano *ex ante* della doverosità della regola cautelare ed il piano della valutazione *ex post* circa la (non) integrazione del *Tatbestand* nel sopra riportato passaggio della sentenza sul disastro di Sarno ove la IV Sezione afferma che, richiedendosi nella prova della causalità della colpa uno standard pari a quello della causalità materiale, si finirebbe con il <<porre nel nulla la natura preventiva della regole cautelari dirette ad evitare il verificarsi di eventi dannosi anche se non scientificamente certi (purché non solo congetturali) ed anche se non preventivamente e specificamente

nondimeno il suo dovere, *ex ante*, era univoco ed egli l'ha violato. *Ex ante*, infatti, bisogna attivarsi per evitare una lesione, anche se le possibilità di salvare il bene sono modeste, e molto spesso non si dispone di alcuna indagine statistica in merito, né *ex post*, né tanto meno al tempo dell'azione>>.

³³⁷ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza* cit., 233.

individuati>>³³⁸. Al proposito osserva acutamente G. Civello: <<si tratta di un'argomentazione oltremodo sofisticata, in quanto è ovvio (e la nostra interpretazione non lo nega) che il soggetto agente è tenuto *in ogni caso* a rispettare i precetti cautelari, non potendo vagliare (a monte ed in astratto) il grado di "efficacia impeditiva" né potendo, peraltro, prevedere se una certa ottemperanza cautelare sarà o meno idonea a scongiurare, in concreto, l'evento>>³³⁹ (corsivi originali).

Ne discende dunque, ancora una volta, come non possano essere condivise le conclusioni di quella parte della dottrina che ritiene si giunga, battendo sino all'estremo questa via (cioè innalzando lo standard probatorio sul giudizio di evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito), alla possibilità di uccidere impunemente le persone che sarebbero comunque morte³⁴⁰.

E' infatti del tutto scoperto che il medico, per mantenere l'esempio con il quale G. Marinucci lascia trasparire la sopra riportata posizione, sarà certamente sempre tenuto a quella regola cautelare che gli impone *ex ante* di fare tutto ciò che è in suo potere per salvare la vita del paziente, anche laddove le sue condizioni lascino intendere che il suo declino è oramai inesorabile³⁴¹, ma ciò si staglia su un orizzonte affatto diverso e non condizionato (nella sua portata e tenuta generale) da quello sul quale si debba accertare se, *ex post*, quell'evento (*hic et nunc*) si sarebbe potuto evitare con una condotta osservante quella regola di diligenza.

Così opinando residuerebbe certo un disvalore di condotta (anche molto pesante, non si discute) ma questo non sarebbe sufficiente a fondare la responsabilità penale dell'agente, poiché si finirebbe per far rispondere quest'ultimo non per evento causato dalla sua colpa, ma per una condotta colposa, cioè per una violazione cautelare o, detto altrimenti, per un *versari in re illicita* accompagnato da un evento che è stato solo *occasionato*, ma non in senso

³³⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 16761.

³³⁹ G. CIVELLO, *La colpa* cit., 276.

³⁴⁰ Tale posizione, sebbene manifestata nello sfondo paradigmatico di un'aspra critica alla posizione di Arthur Kaufmann, sembra emergere da G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 270.

³⁴¹ Così anche G. CIVELLO, *La colpa* cit., 276 e 277, che riporta gli stessi passaggi di G. Marinucci.

profondo *cagionato* da quella violazione cautelare. Tale logica (senza voler certo sminuire la possibile tragicità e gravità della violazione) pertiene ed accede più propriamente ad una sanzione amministrativa, irrogata in relazione alla sola condotta antidoverosa, a prescindere dal suo legame con l'evento. E ci si consenta di suggerire che forse è proprio su questo piano che dovrebbe muoversi e concentrarsi il legislatore: a fronte di una condanna penale che rischia di incrinare equilibri sostanziali e processuali volti a garantire non meno importanti esigenze sul piano generale del diritto penale, il conseguimento dei proclamati effetti di tutela dei beni giuridici coinvolti in 'settori sensibili' (si pensi all'ambito medico-chirurgico o a quello dell'esposizione dei lavoratori ad agenti patogeni) potrebbe essere forse meglio raggiunto mediante strumenti di carattere interdittivo, senza dover piegare la dogmatica penale a servire una prassi oggi fortemente sospinta più da considerazioni di carattere sociale che da rigori prettamente giuridici.

L'opposta tendenza interpretativa sembrerebbe invero mossa, dal punto di vista più strettamente normativo, dalla tendenza ad inaridire la connessione tra condotta ed evento ponendo quale perno di questa dialettica la sola causalità materiale³⁴², considerando la causalità della colpa (sempre intesa come evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito) quale mera appendice di quella 'basica' tutto sommato già bastevole per fondare l'imputazione giuridica oggettiva³⁴³.

Ma se è vero quanto si è sino ad ora detto, ovverosia che è in realtà il nesso (normativo) tra la condotta in quanto colposa e l'evento (vale a dire: la causalità

³⁴² Cfr. G. AMARA, *Fra condotta attiva ed omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. Pen.* 2007, 7-8, 2809 e 2810 ove l'autore afferma che il criterio del mero aumento del rischio: <<postula la presenza di un nesso di condizionamento accertato fra condotta ed evento [...] - per cui - vagliare l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito prima di incriminare un soggetto è un *quid pluris*, un giudizio di carattere normativo che accede ad una condotta di cui si è già dimostrata l'efficacia condizionante rispetto alla realizzazione dell'evento>>.

³⁴³ Cfr. G. CIVELLO, *La colpa* cit., 277, ove l'Autore così si esprime: <<l'obiezione summenzionata (secondo la quale l'estensione alla causalità della colpa degli standard sostanziali e probatori propri della causalità materiale comporterebbe una "vanificazione" della ratio preventiva della responsabilità colposa), sembra fondarsi sul presupposto di matrice naturalistica che il fulcro dell'imputazione giuridica oggettiva sia costituito dal nesso di causalità materiale, quasi che la causalità della colpa costituisca una mera appendice, una propaggine ancillare, che ben poco aggiunga sul piano della tipicità, dell'offensività e della riprovevolezza [...] >>.

della colpa) a dare cifra assiologia e giuridica all'imputazione oggettiva del fatto, non si comprende perché, a fronte di una prova che dottrina e giurisprudenza ritengono debba essere confinante con la certezza sulla causalità basica, ci si dovrebbe accontentare di standard probatori molto più 'accomodanti' proprio sulla sussistenza della causalità della colpa.

2.4. L'accertamento della causalità della colpa esige uno spessore probatorio di alta credibilità logico-razionale confinante con la certezza

Si è sino ad ora evidenziato come la causalità materiale e la causalità della colpa, pur attenendo a due momenti concettualmente differenti del giudizio di ascrizione del fatto, condividono la medesima struttura epistemologica³⁴⁴: si tratta infatti, per il medio di entrambe, di imputare oggettivamente un determinato accadimento ad una determinata condotta umana.

Se infatti è pur vero che la causalità materiale ha ad oggetto il giudizio di connessione tra l'evento verificatosi ed una condotta nella sua pura estrinsecazione empirica, mentre la causalità della colpa, attraverso il giudizio di evitabilità dell'evento in caso di comportamento alternativo diligente, ha come proprio referente una condotta già 'sculpita' dalla violazione cautelare, entrambe hanno al proprio fondamento la medesima nozione di causa³⁴⁵, performativa della loro stessa struttura e dei loro stessi protocolli di accertamento.

Come osserva Luciano Eusebi – il quale invero assume una posizione del tutto peculiare in dottrina – in un suo scritto: <<le nozioni di causalità cui fanno riferimento gli articoli 40 e 43 c.p. – l'uno con riguardo al rapporto dell'evento con la condotta, l'altro con riguardo al rapporto del medesimo con la violazione di

³⁴⁴ Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 409: <<la causalità della negligenza coincide del tutto con la causalità della condotta di cui si predica la contrarietà alla norma cautelare>>.

³⁴⁵ Cfr. G. CIVELLO, *La colpa* cit., 271.

una norma cautelare – non si riferiscono a due realtà distinte, da considerarsi in successione, bensì alla medesima realtà e dunque coincidono>>>³⁴⁶.

Ciò rende molto bene l'idea di come la causalità della colpa, pur essendo, come si è visto, collocabile nella dimensione oggettiva dell'evitabilità in seno alla colpa, finisca in realtà per essere attratta dalla contigua figura della causalità in senso stretto e, alla stessa stregua, richieda di essere trattata in fase di accertamento (cioè con standard probatori rigorosi).

Se ciò è vero, se cioè l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito (*id est*: la causalità della colpa) rifluisce nell'ambito del tema oggettivo causalità, allora deve evidentemente accedere ai medesimi canoni operativi: valutazione *ex post*, su base totale, con un grado di corroborazione processuale di alta probabilità logica confinante con la certezza.

Un tale risultato, come visto nel capitolo I, è stato faticosamente raggiunto in tema di causalità *stricto sensu* intesa attraverso una lunga e tortuosa evoluzione giurisprudenziale ed è singolare che ora il problema si riproponga per la causalità della colpa, peraltro in quel lato del tema (il reato commissivo) che non era stato oggetto di 'diatribe probabiliste' (si ricorderà infatti come al centro del dibattito vi fosse l'accertamento causale in caso di reato omissivo improprio, sulla base della ritenuta predittività totalmente ipotetica che ne avrebbe orientato il giudizio controfattuale).

Va infatti precisato che, in linea di massima, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'affermare che, in caso di reato omissivo, la causalità della colpa, risolvendosi in essa anche la causalità 'basica'³⁴⁷, vada accertata con una probabilità logico-razionale confinante con la certezza.

Non così invece per il reato commissivo a componente colposa attiva [da inscrivere nei casi che si sono in precedenza indicati *sub 3*)], per il quale, come

³⁴⁶ L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1061.

³⁴⁷ Sul punto si svolgerà *infra* un chiarimento. Per il momento sia consentito un mero rinvio a M. DONINI, *Imputazione oggettiva* cit., 116, ma anche ID. *La causalità omissiva* cit., 44 e 45, il quale esclude, in tema di causalità della colpa, la praticabilità di standard attenuati di accertamento solo in caso di reato omissivo improprio in quanto in tali ipotesi causalità materiale e causalità della colpa coinciderebbero.

visto nel riportare larghi passaggi argomentativi delle sentenze di legittimità, sarebbero bastevoli semplici probabilità – quando non possibilità molto basse, mere *chances* – di efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito o, secondo posizioni dottrinali comunque più equilibrate³⁴⁸, il criterio del più probabile che non (la probabilità > del 50 %).

E' evidente che, se si assumono come corrette tutte le premesse sino ad ora svolte, una tale soluzione dinamico-processuale del tema dell'evitabilità non può essere condivisa.

Se la causalità della colpa assume lo stesso statuto epistemologico della causalità basica e se, addirittura ancor più di quest'ultima, è proprio la causalità della colpa a segnare irrefutabilmente la compiuta integrazione del *Tatbestand* giustificando l'imputazione giuridica oggettiva, allora è evidente che l'unico standard probatorio accettabile per la dimostrazione della causalità della colpa è l'elevata credibilità logico-razionale.

E' in altri termini doveroso – per riprendere la simmetria in precedenza evocata – traslare ed applicare i traguardi raggiunti in tema di causalità materiale dalla Franzese all'ambito della causalità della colpa³⁴⁹, la quale come si è più volte detto, rappresenta il vero fulcro dell'imputazione oggettiva ed il vero “vettore di tipicità” capace di consegnare un'*azione* (considerata in senso complessivo) non inaridita della sue più connotanti venature assiologiche.

Invero questa posizione ha radici lontane se sol si pensa che già a cavallo tra l'Ottocento ed il Novecento – in vigenza del Codice Zanardelli – l'interrogativo circa l'evitabilità dell'evento nel delitto colposo era tema oggetto di vivo interesse³⁵⁰.

³⁴⁸ Ci si riferisce, evidentemente, all'elaborazione di M. Donini, in precedenza già esposta.

³⁴⁹ Così anche G. CIVELLO, *La colpa* cit., 281.

³⁵⁰ Non vi è qui lo spazio per una compiuta indagine storica, né si ha la pretesa di condurla, ma nell'intima convinzione che sia sempre vivo l'ammonimento di Italo MEREU (*Culpa=colpevolezza, Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi del diritto comune*, Bologna, 1972) secondo cui – parafrasando – ‘sapere da dove si viene aiuta a capire verso dove ci si dirige’, si ritiene di scomodare la saggezza di autori quali Impallomeni e Carrara per trovare delle conferme procedendo per paradigmi.

Più nel dettaglio, con specifico riguardo all'art. 375 allora vigente (lesioni personali colpose³⁵¹), in un caso concreto ci si chiedeva se dovesse andar provato con certezza o con un qualche grado di probabilità il fatto che l'adozione di cautele doverose (non avvenuta) potesse evitare il prodursi di lesioni a carico di un lavoratore: ed anche allora vi era chi esigeva un accertamento che lambisse la certezza.

La Corte d'appello di Brescia³⁵² si trovava a dover decidere di un caso in cui una lavoratrice aveva riportato delle rilevanti lesioni in conseguenza al contatto con un telaio sul quale non era stato apposto un 'paranavette' in ferro. Il perito dell'Accusa aveva nel caso di specie affermato che non fosse cosa certa, ma solo presumibile, verosimile, che la lesione subita dalla prestatrice di lavoro sarebbe stata evitata mediante l'apposizione del suddetto riparo. I giudici bresciani su tale base conclusero che se l'installazione del paranavette avrebbe solo presumibilmente ma non certamente evitato l'evento, sarebbe rimasto nondimeno solo probabile e, dunque, incerto se fosse stata proprio la mancanza del riparo in ferro ad aver cagionato la lesione ai sensi dell'art. 375 predetto, domandandosi, in fondo, se fra <<quella omissione, nella quale consisterebbe la negligenza ascritta all'imputato, ed il ferimento, corra quella relazione di causa ad effetto che è richiesta secondo detto articolo>>³⁵³, con la conseguente assoluzione dell'imputato.

Già l'interrogativo della Corte bresciana appare molto emblematico, ma ancor più significativo ne è il commento svolto ad opera di G. B. Impallomeni: <<il nodo della questione sta dove l'ha visto la Corte: può ritenersi la responsabilità colposa per non essersi adoperato un mezzo che non si sa certo che avrebbe evitato il sinistro? Se questa certezza manca, si può avere una mancanza socialmente censurabile, ma non legalmente, soprattutto in linea penale, giacché per punire bisogna provare la reità dell'agente, e non v'è la prova ma il dubbio,

³⁵¹ Art. 375, co.1, Codice Zanardelli: <<chiunque, per imprudenza o negligenza, ovvero per imperizia nella propria arte o professione, o per inosservanza di regolamenti, ordini o discipline, cagiona ad alcuno un danno nel corpo o nella salute od una perturbazione di mente [...]>>.

³⁵² Corte d'appello di Brescia, 30 aprile 1891, Lucksinger, in *Riv. Pen.*, XXXIV, 347.

³⁵³ *Ibidem*.

quando v'è soltanto la probabilità che l'adoperamento di un dato congegno avrebbe evitato il sinistro. Disse bene la corte che allora manca il nesso di causalità, richiesto dal Codice tra l'omissione e l'infortunio: manca legalmente, perché non è provato. Noi non sapremmo dunque criticare il giudicato della Corte bresciana; crediamo anzi di doverlo approvare per aver adottato a criterio decisivo della colpa la certezza dell'efficacia preventiva dei mezzi non usati [...] E quando si parla di certezza [...] non è allora una semplice probabilità, o verosimiglianza; è un calcolo ben fondato sulla natura e sull'esperienza delle cose>>>³⁵⁴.

Potrebbe obiettarsi all'argomentazione sottesa alla scelta di riportare un passo di un Autore sì autorevole che, anche a tutto voler concedere, si tratterebbe in ogni caso di un'ipotesi di reato omissivo. A tale obiezione, tuttavia, (che in ogni caso, come si vedrà, non sposta la significatività dell'incedere logico riportato) si potrebbe allora rispondere facendo ricorso alla saggezza ed alla schiettezza del personalissimo stile del sommo Carrara laddove, chiedendosi in un caso con componenti commissive se <<ognuno che è in colpa>> debba essere ritenuto <<responsabile di tutti gli eventi che sorgono intorno a lui>>, affermava: <<La colpa non basta a ciò, se contemporaneamente non possa, con positiva certezza, affermarsi che la colpa sia stata causa dell'evento sinistro [...] - dunque - quando il Giudice dichiara di tenere come possibile che la mia omissione sia stata causa della morte, ritiene come probabile che il delitto fosse commesso [...] - tuttavia, si potrebbe così intercalare, la probabilità non è certezza, ed infatti riprende l'Illustre Maestro - che la probabilità ammette il possibile in contrario, e che perciò il giudice che dichiara probabile il delitto nel suo materiale, ammette ancora che possa non esservi stato delitto nessuno>>>³⁵⁵. Con questo impareggiabile gioco di logica Francesco Carrara riteneva violato il principio fondamentale *in dubio pro reo* nella nota sentenza di condanna di una levatrice per omicidio colposo: la donna era stata accusata di non aver chiamato

³⁵⁴ G. B. IMPALLOMENI, *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900, 136, ripreso anche da G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa* cit., 25 e da P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 24 e ss.

³⁵⁵ F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze, 1910, 57 e ss. riportato da F. D'ALESSANDRO, *La certezza del nesso causale: la lezione "antica" di Carrara e la lezione "moderna" della Corte di Cassazione sull' "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 743 e ss.; Cfr. anche P. VENEZIANI, *Regole cautelari* cit., 26 e ss.

tempestivamente il chirurgo e di essersi sostanzialmente ‘improvvisata’ ostetrica in occasione di un parto trigemio, durante il quale la partoriente era stata quasi immediatamente colta da una forte emorragia. Si disse, nella sentenza criticata dal Carrara, che laddove la donna avesse avvertito prontamente il chirurgo astenendosi dall’intervenire direttamente, l’evento (la morte della partoriente) non si sarebbe *probabilmente* verificato. Ma è proprio quel *probabilmente* che dà l’abbrivio al Maestro di Firenze per ritenere che su quella stessa probabilità si sarebbe potuto fondare il ragionamento opposto: l’inevitabilità dell’evento *hic et nunc* anche in caso di condotta diligente. E su questa base di incertezza, a fondare la propria convinzione di una palese violazione del principio richiamato (*in dubio pro reo*) in assenza di una prova certa circa la effettiva connessione di quella *colpa* con l’evento, il Carrara con il suo personalissimo stile concisamente incisivo, afferma: <<è intuitivo che col sol mostrare che alcuno morì, non si mostra ancora che fu ucciso; potendo morirsi, e tutto il giorno morendo gli uomini, senza essere uccisi>>³⁵⁶.

Tutto ciò non può che contribuire a render solida la posizione che qui si esprime, dando linfa all’assunto per il quale, laddove residui un dubbio sulla causalità della colpa, cioè sulla possibilità concreta di evitare l’evento *hic et nunc* mediante un contegno conformato alle regole di diligenza, la condotta si manifesterebbe solo apparentemente tipica, poiché pur connotata da un inconfutabile disvalore d’azione, difetterebbe la <<congruità normativo-causale>>³⁵⁷ tra quell’inottemperanza eziologica storicamente serbata e quell’evento concreto nella realtà verificatosi che giustifica il ricorso alla repressione penale. Il diritto penale, in altri termini, pur a fronte di una condotta *materialmente* causale, laddove manchi la prova positiva - raggiunta con elevata credibilità logico-razionale - della causalità della colpa, dovrebbe arretrare, residuando, in caso opposto, il pesante sospetto che l’evento sia più legato al caso (certo ‘aiutato’ dalla condotta, ma non dalla stessa così intimamente connotato) che alla violazione cautelare informante la condotta incriminata.

³⁵⁶ *Ibidem*, 59.

³⁵⁷ G. CIVELLO, *La colpa* cit., 269.

Ecco allora che in tale prospettiva il criterio propugnato da Massimo Donini del ‘più probabile che non’ (*id est*: probabilità > del 50 %), che pur sembra il più idoneo a scongiurare posizioni assolutamente inammissibili (come quelle che ritengono sufficienti ad accertare la causalità della colpa un minimo aumento del rischio, ricorrendo all’argomento etico-sociale³⁵⁸), non può essere condiviso sino in fondo (sebbene si riconosca il complesso bilanciamento che esso sottende), giacché persiste sulle “sabbie mobili” di inferenze solo probabilistiche, inammissibili per la causalità materiale ed allora, in forza di quanto detto, parimenti inammissibili per la causalità della colpa.

Tali conclusioni, *a fortiori*, devono essere ribadite nell’ambito del reato omissivo improprio o nel reato attivo con componente colposa a preponderante coefficiente omissivo [le ipotesi sopra classificate come *sub* 1) e 2)].

La disamina, infatti, si è sino ad ora concentrata principalmente sulle ipotesi definite *sub* 3) in quanto è proprio su queste che vi è la più consistente disparità di vedute. Ciò non toglie che alcune considerazioni siano opportune anche nelle altre due ipotesi che per vicinanza strutturale³⁵⁹ possono essere trattate congiuntamente.

La descritta centralità dell’evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito (causalità della colpa), quale “trasformatore di tipicità”, ai fini dell’imputazione giuridica oggettiva e la conseguente necessità di

³⁵⁸ Basandosi cioè sull’alto valore dei beni giuridici tutelati mediante le fattispecie colpose causalmente orientate, come esplicitato in precedenza nel tratteggiare le aporie di siffatte teoriche.

³⁵⁹ Come già si è anticipato in precedenza, le ipotesi *sub* 2) se anche promanano da un *agere* positivo (o su un concetto di azione fisico-antropomorfa), già dal punto di vista materiale, prima ancora che nella considerazione giuridica, si avvicinano all’area di senso dell’omissione in quanto pur exteriorizzando nella realtà un comportamento, quest’ultimo non immette alcun fattore di rischio attivo rilevante nella serie causale degli eventi: volendosi fare un esempio tratto dalla fenomenologia medico-chirurgica, un sanitario che sulla base di un’errata diagnosi curi una malattia grave con un placebo, nella realtà fenomenica non cagiona nulla, ma semplicemente non attiva quelle condizioni negative dell’evento che avrebbero potuto impedirlo, di tal che il suo contegno, pur connotato da un profilo certamente antidoveroso, non potrà che essere considerato alla stregua di un reato omissivo. Nell’accertamento della causalità della colpa si dovrà infatti pensare come sussistente una diagnosi corretta che è mancata al fine di verificare l’evitabilità concreta dell’evento, non essendo chiaramente sufficiente ‘pensar via’ la somministrazione del placebo che, di per sé, nulla direbbe in ordine al contenuto normativamente rilevante della condotta. Si rinvia sul punto, per ulteriori approfondimenti su tale giustapposizione dei casi *sub* 1) e 2), a M. DONINI, *Imputazione*, cit., 679 e ss.

una corroborazione processuale assestata sul criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, vale evidentemente anche per il reato omissivo.

E' evidente che una diversa soluzione, basata su 'eccessi di naturalismo' si porrebbe in contrasto con gli stessi assunti, generalmente condivisi, della sentenza Franzese, la quale richiede chiaramente che anche in punto di causalità omissiva si debba conseguire, onde fondare l'addebito di ascrizione oggettiva, una probabilità logico-razionale confinante con la certezza.

La causalità della colpa, infatti, nell'ambito del reato omissivo diviene quasi indistinguibile dalla causalità 'basica', posto che nell'omissione impropria, come si è visto in precedenza, l'unica causalità materiale è da ricondursi a fattori di rischio che non promanano dal soggetto tenuto ad impedire il verificarsi dell'evento in base alla posizione di garanzia dallo stesso assunta, bensì *aliunde*, cosicché l'unica declinazione causale giuridicamente rilevante si presenta squisitamente normativa e nutrita di significato proprio dall'innesto della norma modale sull'obbligo di impedimento (art. 40 cpv. c.p.).

In altri termini nel reato omissivo improprio non è sufficiente prescrivere al soggetto gravato della posizione di garanzia di attivarsi, ma si deve anche connettere quest'obbligo ai poteri giuridici dei quali il garante dispone per adempiervi, connotando il relativo obbligo con le modalità da seguire per esercitare i predetti poteri. Ne deriva che allorquando si debba procedere alla verifica processuale circa l'incidenza causale dell'*omissione* sull'evento *hic et nunc* con il giudizio controfattuale - che pur volgendosi al passato come ogni accertamento processuale, avrà una struttura predittiva (e non esplicativa) - dovrà pensarsi come presente non una condotta neutra, considerata quale mera estrinsecazione empirica, ma una condotta specificata da determinate modalità operative: non sarà sufficiente, per esemplificare, pensare come presente un generico intervento svolto dal medico, ma l'intervento specifico, condotto secondo precise modalità di dispiegamento che il caso concreto richiedeva di valutare. Pertanto ci si dovrà domandare se in presenza di quell'intervento, così come puntualmente ri-descritto attraverso tutte le norme modali del caso, l'evento dannoso si sarebbe nondimeno verificato. Il che equivale ad accertare la stessa

incidenza causale della violazione della regola cautelare che informa quell'omissione.

Dunque condotta oggettiva (priva di alcuna qualificazione di antidoverosità) e condotta colposa (in quanto segnata dalla violazione cautelare) si sovrappongono e si mescolano al punto da divenire completamente indistinguibili e prive di senso l'una senza l'altra, tanto che la mancata prova della seconda si risolve inesorabilmente in una mancata prova della prima³⁶⁰.

Ciò significa, è evidente, che la connessione meramente naturalistica (che nell'esempio svolto dovrebbe rintracciarsi nell'autonomo procedere di una patologia) non ha alcuna rilevanza sul piano del giudizio circa l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo diligente, essendo solamente la cifra normativa a rilevare quale connessione tra l'antidoverosità (anche modale) che connota quella condotta (naturalisticamente ed anche socialmente percepita come omissiva) e l'evento in concreto occorso.

Ciò che distingue dunque causalità attiva ed omissiva è un connotato giuridico: la sussistenza della posizione di garanzia quale presupposto della seconda e non della prima³⁶¹.

Certamente se azione ed omissione sono accomunate dall'essere entrambe esternazioni dell'uomo nel mondo quali condotte causalmente <<impregnate di libertà>>³⁶², d'altro canto esse disvelano una non trascurabile gradualità di disvalore³⁶³, valutabile, nell'ordinamento italiano, sul piano della commisurazione della pena (art. 133 c.p.) ed addirittura, in seno allo *Strafgesetzbuch* (§ 13 co. 2)

³⁶⁰ Cfr. ancora M. DONINI, *Imputazione oggettiva* cit. 679.

³⁶¹ Cfr. G. CIVELLO, *La colpa* cit., 280; si deve precisare tuttavia che, come rettamente osservato da M. RONCO, *La dimensione oggettiva del fatto tipico* cit., in *Commentario* cit., 254, nella causalità omissiva ci si imbatte in un maggior <<tasso di incertezza, legato non tanto alla diversa natura della relazione che lega la condotta all'evento [...] bensì al fatto che nel procedimento di aggiunta mentale uno dei termini di relazione – la condotta alternativa doverosa – non è dato, ma va costruito alla luce degli obblighi di agire che si ritengono violati>>.

³⁶² M. RONCO, *La dimensione oggettiva del fatto tipico*, cit., in *Commentario* cit., 237.

³⁶³ Gradualità di profili di disvalore che non deve tuttavia essere estremizzata e che, in ogni caso, va misurata sul caso concreto: anche dal punto di vista del senso comune potrebbe rivelarsi molto più grave la condotta di una madre che ometta dolosamente di nutrire il proprio neonato portandolo al decesso, rispetto alla condotta di un padre che uccida altrettanto dolosamente l'aguzzino della figlia.

come vera e propria circostanza del reato comportante, in caso di condotta omissiva, una diminuzione facoltativa di pena *ex* § 49, co. 1, StGB.

Tuttavia, al netto di queste pur presenti venature valoriali, una volta appurata la sussistenza della condizione alla quale l'art. 40 cpv. c.p. connette l'equivalenza giuridica tra agire ed omettere - *aliis verbis*: "attivata" la posizione di garanzia in capo al soggetto gravato - la causalità omissiva è destinata ad operare con gli stessi paradigmi e le stesse modularità epistemico-processuali previste per la causalità commissiva.

Se dunque, come si visto in precedenza, la sentenza Franzese ha statuito con lapalissiana chiarezza che in caso di causalità omissiva (inscindibilmente connessa con la causalità della colpa sino a risolversi in essa) lo standard probatorio circa l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito deve stagliarsi sull'orizzonte della credibilità logico-razionale confinante con la certezza – e si ricordi bene: anche in assenza di evidenze nomologiche dotate di coefficienti prossimi al 100, perché in tal caso soccorrerebbe comunque la non banalizzabile forza razionale delle massime di esperienza – allora non vi è ragione per ritenere che al cospetto di una fattispecie commissiva, la causalità della colpa debba essere accertata con uno spessore probatorio inferiore.

Tale conclusione è ben evidenziata da un interrogativo acutamente proposto da L. Eusebi, che ben disvela lo sbilanciamento e la distorsione che si verrebbe a creare ritenendo di distinguere gli standard probatori a seconda che si tratti di causalità 'basica' o di 'causalità della colpa' (coincidente con la prima nel reato omissivo improprio e non anche in quello commissivo): <<Perché mai il medico che compia un passaggio sbagliato nell'ambito di una procedura terapeutica complessa dovrebbe rispondere dell'eventuale esito infausto di quest'ultima per il mero fatto che l'errore abbia aumentato la probabilità valutabile *ex ante* di tale esito (anche solo del 30 %), laddove giustamente si riconosca che nel sistema in vigore il medico che non ottemperi, addirittura, all'obbligo di presa in carico di un malato risponde dell'eventuale evento lesivo

solo ove sussista una probabilità contigua al 100% di non verificazione del medesimo in presenza di obbligo correttamente adempiuto?>>>³⁶⁴.

L'interrogativo è ovviamente retorico e dimostra in tutta la sua disarmante linearità la necessità di confermare la posizione qui espressa circa lo spessore probatorio con cui accertare la causalità della colpa, tanto nei reati omissivi, quanto nei reati commissivi.

Del resto il predicare che la predittività insita nella valutazione dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo diligente (causalità della colpa) nei reati commissivi comporterebbe e giustificerebbe dei criteri meno stringenti di verifica processuale pur senza per questo porsi in contrasto con il principio dell'*in dubio pro reo*³⁶⁵, si scontra incontrovertibilmente con la constatazione che se così fosse (se cioè sul carattere ipotetico dei decorsi impiegati per condurre il controfattuale in tema di causalità della colpa si dovesse basare una flessione di rigore probatorio), allora la stessa causalità omissiva (che può essere decifrata giuridicamente solo attraverso l'intreccio con l'antidoverosità che la performa) dovrebbe essere provata con i medesimi criteri menomati³⁶⁶: ciò che, come statuito a chiare lettere dalla Franzese, non può più essere.

Per quanto dunque la tripartizione delle condotte esposta nella prima parte del presente lavoro nelle ipotesi *sub* 1), 2) e 3) si riveli utilissima all'esigenza di imbrigliare nelle convenzioni del linguaggio la struttura e le peculiarità che connotano la cangiante fantasia della realtà fenomenica (onde rendere intelleggibili siffatte peculiarità e permettere la discussione sulle stesse), nessuna diversificazione appare praticabile nella dimensione dinamico-processuale

³⁶⁴ L. EUSEBI, *Appunti* cit., 1067 e 1068. Si consideri che il chiaro Autore, più che alla consueta distinzione tra reati commissivi ed omissivi, per fondare ed esplicitare la propria, invero articolata e fine, costruzione teorica accede ad una bipartizione del tutto peculiare: in estrema sintesi, nella prima categoria rientrano le ipotesi (attive ed omissive) in cui la violazione della regola cautelare si identifica completamente con l'azione naturalisticamente causale rispetto all'evento verificatosi cosicché la verifica della causalità possa avvenire con un controfattuale strutturato in modo esclusivamente esplicativo; nella seconda categoria, invece, rientrerebbero tutte le altre ipotesi (parimenti attive ed omissive) che si innestino però su di una condotta più ampia in campo lecito, in modo tale da esigere, nel momento di verifica causale, l'aggiunta mentale di elementi doverosi, in realtà non venuti ad esistenza.

³⁶⁵ G. AMARA, *Fra condotta attiva e condotta omissiva* cit., 2809.

³⁶⁶ In termini analoghi anche L. GIZZI, *Il comportamento* cit., 4135.

dell'evitabilità mediante il comportamento alternativo lecito: la causalità della colpa esige sempre il medesimo rigore probatorio per fondare l'imputazione giuridica oggettiva e, in ultima analisi, per accertare compiutamente l'integrazione del *Tatbestand* colposo.

Si aggiunga infine che, ove non si convenisse con tale impianto e si inclinasse per le ricostruzioni volte a ritenere sufficiente, per fondare l'ascrizione oggettiva dell'evento, un mero aumento del rischio (addirittura in ipotesi tanto omissive quanto commissive³⁶⁷) si finirebbe per avallare una sostanziale *interpretatio abrogans* dell'evitabilità (nella sua dimensione oggettiva della causalità della colpa), poiché è evidente che una volta accertata l'oggettiva violazione di una norma cautelare, la causalità materiale e l'astratta concretizzazione del rischio – eliminata la verifica di una effettiva particolarizzazione della colpa nell'evento – ogni condotta si presenterebbe intrinsecamente pericolosa per il bene giuridico tutelato dalla norma violata e dunque idonea ad aumentarne il rischio di lesione. Il risultato ultimo sarebbe dunque quello di far rifluire il tema dell'evitabilità, mediante quella sovrapposizione logica di cui si è parlato in precedenza, nell'ambito astratto ed *ex ante* della regola cautelare, privando così di autonomia teorico-dogmatica l'evitabilità stessa ed avventurandosi sempre più lungo la via che identifica la cifra dell'illecito colposo nella mera inosservanza di leggi³⁶⁸.

3. Per una diversa soluzione nella dimensione ermeneutica dell'offensività

Per completare la presente ricerca risulta certamente opportuno dar conto della recente proposizione di un'affascinante ricostruzione teorica, la quale riesce a dare al tema della causalità della colpa una lettura coerente con i principi fondanti del diritto penale e, nel contempo, compatibile – entro certi limiti – con la flessione

³⁶⁷ Cfr. G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit. 23 e ss.; cfr. con specifico riguardo ai reati commissivi, M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.

³⁶⁸ Cfr. G. CIVELLO, *La colpa*, cit., 286.

del rigore probatorio (come si è visto) di sovente praticata dalla giurisprudenza nelle ipotesi di reato commissivo a prevalente componente colposa attiva [ovverosia, per richiamare paradigmi usati nel corso della ricerca, nelle ipotesi sopra classificate *sub 3*)].

Va precisato che tale teorica, in realtà, si inserisce nel più ampio e complesso tentativo di ripercorrere le fondamenta della causalità giuridica attraverso un'indagine di più lato respiro che giunge, attraverso un articolato percorso critico-ricostruttivo, a dipanare quelli che l'Autore, nello stesso titolo del lavoro monografico, emblematicamente definisce <<gli equivoci della dogmatica causale>>³⁶⁹.

Fatta questa premessa di ordine generale – volta a tener fede al proposito iniziale di inserire 'khunianamente' ogni tematica nell'ambito del paradigma problematico di riferimento – va precisato che siffatta teorica richiede di fare 'un passo indietro' nel guardare il reato: per usare una similitudine evocativa, si tratta di guardare l'illecito penale come si guarda un quadro di Claud Monet, non potendolo cogliere in tutta la sua più intima valenza da una prospettiva troppa ravvicinata (ovvero eccessivamente analitica), ma solamente considerandolo nel lavorare complessivo e sinergico delle sue parti.

Riportando dunque la similitudine al piano giuridico si deve riconoscere, per poter compiutamente comprendere questa ricostruzione, che l'illecito penale e – per quanto qui di interesse – la causalità della colpa devono essere costantemente letti alla luce del fondamentale principio di offensività³⁷⁰, il quale ancor prima del sempre rievocato principio di responsabilità per fatto proprio permette di esprimere la cifra di disvalore che sprigiona un fatto astrattamente tipico nel reale dispiegarsi *in rerum natura*.

³⁶⁹ Il riferimento è a G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013. All'Autore chi scrive deve, peraltro, un particolare ringraziamento per averlo guidato - insieme al titolare della cattedra patavina di diritto penale, Prof. M. RONCO, e all'insostituibile ausilio di G. CIVELLO che con la stessa collabora stabilmente - nello studio di queste complesse tematiche, prestandosi continuamente e pazientemente al dialogo ed al confronto.

³⁷⁰ Tanto che lo stesso condizionalismo c.d. in senso forte viene riletto - in questa prospettiva - quale nota interna al più corale giudizio di offensività al fianco dei principi di fatticità e autorità personale.

Sotto il profilo di interesse per la ricerca, la ricostruzione della causalità della colpa (sempre intendendo, con tale brachilogica formula, il secondo livello della stessa ovverosia l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo diligente) principia, in questa diversa prospettiva, dalla constatazione delle aporie cui pervengono le varie teoriche affacciate sul tema.

In particolare viene evidenziata la distonia derivante dall'inquadrare dogmaticamente il tema del comportamento alternativo lecito come momento essenziale dell'imputazione obiettiva, da un lato, e - sotto il profilo processuale - dall'accontentarsi poi di uno spessore probatorio inferiore a quello che informa l'accertamento di ogni altro elemento costitutivo del reato, dall'altro.

E la critica si estende parimenti a chi, pur collocando il tema nell'ambito della colpa – opzione che, come si è visto, si ritiene di per sé corretta – non ne tragga le necessarie conseguenze in punto di accertamento processuale, ovverosia non ne richieda, esattamente come accade per la teorica dell'imputazione obiettiva, un prova in termini di elevata credibilità logico-razionale confinante con la certezza.

Invero quest'ultimo profilo di critica prende l'abbrivio dall'assonanza che si avverte nelle conclusioni di G. Forti, il quale seppur condivisibilmente inserisce la tematica oggetto di studio nell'ambito della colpa, dinanzi alle difficoltà probatorie intrinsecamente implicate dal ricorso alle regole cautelari improprie <<avrebbe definitivamente optato per l'esclusione della necessità di provare, in termini di probabilità confinante con la certezza logico-processuale, che il comportamento alternativo lecito avrebbe, appunto, certamente scongiurato l'evento, sostanzialmente inclinando su più blande posizioni di aumento del rischio>>³⁷¹.

Se l'osservazione è certamente puntuale nel far notare la contraddizione, va tuttavia precisato che, inserita dogmaticamente la tematica dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito nell'ambito della colpa all'interno del *Tatbestand* colposo, la conclusione dell'ammissibilità di una

³⁷¹ G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 289, con richiamo a G. FORTI, *Colpa ed evento* cit., 690 e ss.

flessione del rigore probatorio è tutt'altro che scontata e, pertanto, la contraddizione stessa non è per nulla automatica.

Si è infatti visto, ed è la tesi di fondo dell'intero lavoro, che proprio una lettura della causalità della colpa come "trasforme di tipicità" nel *Tatbestand* colposo conduca, all'opposto, a pretendere un rigore probatorio di pari grado rispetto a qualsiasi altro elemento costitutivo del reato, nella convinzione che tale articolata figura rappresenti la più autentica traduzione giuridica dell'esigenza che l'evento tipico derivi dalla colpa che innerva la condotta.

Ciò precisato, risulta comunque opportuna una disamina della ricostruzione che accede ad una lettura della causalità della colpa nella dimensione ermeneutica dell'offensività³⁷², poiché essa, potendo tollerare diverse graduazioni, riesce a rispondere con solidità dogmatica alla pur presente esigenza di non restringere eccessivamente l'ambito dei reati colposi d'evento: si è visto infatti in precedenza che, pretendendo un accertamento in termini di elevata credibilità logico-razionale circa l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, al cospetto del generalizzato deficit cognitivo che caratterizza la società post-moderna (in specie in certi settori) diverrebbe molto complesso, quando non del tutto impossibile, per l'Accusa (e per il Giudicante) riuscire a ritenere dimostrato che *quell'evento* non si sarebbe verificato al sussistere del contegno diligente, sostanzialmente sbilanciandosi il problema dal polo opposto.

E' pur vero che il canone dell'*in dubio pro reo* sembra esprimere una chiara regola di giudizio nelle ipotesi di incertezza e, del resto, non si vede la ragione per la quale l'incertezza generalizzata che caratterizza la società odierna debba ricadere sull'imputato. Ma è parimenti vero che la *probatio diabolica* che si imporrebbe all'Accusa finirebbe per restringere di molto l'applicazione (si badi:

³⁷² Il principio di offensività trova addentellato normativo nell'ambito dell'art. 49 co. 2, c.p., come ben mette in luce G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, in M. RONCO, *Commentario*, cit., 871, laddove il chiaro Autore, ricomprendendo la figura del reato impossibile nel novero degli elementi determinanti capaci di conferire una precisa fisionomia all'impianto tassonomico, afferma: <<l'art. 49, 2° co., sintetizza infatti l'idea base del codice – e prima ancora del suo principale artefice – secondo la quale l'evento **offensivo** è talmente compenetrato nella struttura dell'illecito penale che senza di esso, il reato sarebbe impossibile>> (grassetto di chi scrive).

non la valenza precettiva generale) delle fattispecie colpose causalmente orientate, lasciando in definitiva sguarnite di tutela (pur se *ex post*, se si pone mente a quanto detto nella sezione precedente) costellazioni di beni giuridici sicuramente bisognosi di protezione.

La visione che si viene a proporre, all'opposto, ha il pregio di compendiare questo aspetto (invero presente anche nelle teoriche dell'aumento del rischio), rispondendo all'esigenza di un maggior tutela pur a fronte delle invincibili incertezze che caratterizzano la realtà odierna, con una profonda giustificazione dogmatica, individuando un punto di equilibrio che non riposi solamente su considerazioni prasseologiche o di buon senso.

Collocandosi infatti in una prospettiva assiologicamente realistica³⁷³ e inserendo il tema dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito nell'ambito della più generale categoria dell'offensività penalistica, va effettuata una distinzione: mentre nelle ipotesi strettamente omissive ed in quelle commissive a coefficiente colposo strettamente omissivo [le ipotesi sopra descritte *sub* 1) e 2)] si rimprovera all'agente di non aver attivato fattori impeditivi (o, se si preferisce, condizioni negative) di un evento la cui precedente concatenazione eziologica promana *aliunde*, senza che vi sia stato alcun ruolo di "innesco" da parte dell'agente, nel solo reato commissivo a coefficiente colposo attivo il soggetto <<immette direttamente, con la propria

³⁷³ Cfr., per una prospettiva realistica dell'illecito penale, G. LICCI, *Reato impossibile*, cit., 872 e ss. e 977 e ss. ove lo studioso torinese ben spiega come per concezione realistica dell'illecito penale debba intendersi la teorizzazione della coesistenzialità fra reato e situazione offensiva dei valori tutelati. Alla base di tale ricostruzione vi è la lucida constatazione di come il modello di reato elaborato da Rocco viva in una dimensione sincretistica: esso costituisce, infatti, una sorta di 'crasi concettuale' tra il naturalismo di F. Von Listz, per il quale condotta ed evento rappresentano due aspetti della medesima realtà riguardata da due prospettive differenti, la *Normentheorie* di K. Binding, secondo la quale non ogni modificazione del mondo fenomenico interessa il diritto, ed il pensiero di Liepmann, in base al quale l'evento viene a rappresentare una modificazione del mondo del diritto in quanto incidente su di una realtà giuridicamente rilevante. Questo sincretismo di Rocco, come osserva puntualmente G. Licci, si concretizza nell'eclettica struttura divisata negli artt. 40, 43 e, in forma <<sincopeata>> nell'art. 49 c.p., ove l'evento giuridicamente rilevante viene disvelato nella sua radice offensiva; cfr. A. ROCCO, *L'oggetto giuridico del reato e della pena*, Torino, 1913; cfr. anche ANTOLISEI F., *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1937, ripub. In ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.

condotta, uno specifico fattore di rischio, già doloso o colposo, nel reale dinamismo degli accadimenti>>>³⁷⁴.

Si provi dunque a scindere concettualmente l'offensività, manifestata dal comportamento in tutto il suo dispiegarsi, su due livelli: laddove mediante una condotta attiva, dolosa o colposa che essa sia, si introduca nel dinamismo reale-naturalistico degli eventi un fattore di rischio prima inesistente è evidente che già si concretizza un primo 'gradino' di offensività, in quanto la condotta comporta un'esposizione a pericolo del bene giuridico tutelato che prima non esisteva; laddove poi al compimento dell'azione segua anche la realizzazione di un risultato finale, quel pericolo in precedenza innescato proprio dalla condotta dell'agente viene ad intensificarsi sino a realizzarsi compiutamente nell'evento; ciò che comporta un secondo livello o 'gradino' di offensività, che potremmo definire 'più denso', più connotante.

Se invece la condotta fosse stata omissiva – o commissiva ma a coefficiente colposo prevalentemente omissivo – quel primo di livello di offensività non si potrebbe riscontrare: se infatti il pericolo che “insidia” il bene giuridico proviene dalla natura o da terzi, ma non dal garante, a quest'ultimo potrà certamente essere addebitato il secondo livello di offensività laddove si verifichi l'evento, ma non certo il primo, poiché l'autore, in tali casi, non immette alcun fattore offensivo per il bene giuridico tutelato, subendo in realtà una responsabilizzazione da *status*³⁷⁵, la quale riposa a sua volta su quell'inerzia che il diritto penale riconosce carica di disvalore proprio in quanto si realizzi l'evento.

Ecco allora che in questa prospettiva nelle ipotesi *sub* 1) e 2) la flessione di rigore probatorio circa la causalità della colpa rappresenterebbe un immiserimento del significato offensivo della condotta (legata, per l'appunto, ad un'inerzia 'qualificata' che ha condotto all'evento, ma non all'immissione attiva di fattori di rischio); nelle ipotesi *sub* 3), invece, essendosi già accertata la causalità 'basica', l'effettiva violazione della regola cautelare e la prima dimensione della causalità della colpa (la c.d. concretizzazione del rischio di cui si è detto nel Cap. I),

³⁷⁴ *Ibidem*, 289-290.

³⁷⁵ Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe* cit.

risulterebbe già ampiamente integrata quella prima dimensione (o ‘gradino’) di offensività insita nell’aver modificato il mondo esterno in senso pericoloso per il bene giuridico, sia dolosamente che colposamente (anche se, è ovvio, con un maggior o minor grado di disvalore soggettivo).

Da questo angolo prospettico allora tutto dipende da come l’offensività viene declinata nei diversi piani di indagine coinvolti nell’ambito dell’imputazione giuridica, vale a dire dalla diversa intensità offensiva che si può riscontrare nel diversificare la cifra assiologica di azione ed omissione, nel leggere il disvalore d’azione nella colpa e nel modo attraverso cui interpretare il ruolo dell’evento nel’illecito colposo³⁷⁶.

Sotto il primo profilo, si è già posto in luce (Cap. II) come l’equiparazione dei reati di azione e di omissione in base al disposto normativo di cui all’art. 40 cpv. c.p., non elimini le differenze sussistenti tra azione ed omissione, poiché esse, per quanto accomunate dall’esprimere un’esternazione dell’uomo nel mondo pregna di libertà³⁷⁷, differiscono sotto molteplici profili.

Già si sono evidenziate le differenze ontico-psichiche, nonché quelle naturalistiche³⁷⁸, ma sotto il profilo giudico-axiologico si deve ora indugiare. Infatti la parificazione offensiva tra agire ed omettere affonda le radici in concezioni etiche di matrice consequenzialista, le quali pervengono a tale conclusione focalizzando la cifra qualitativa della condotta nel solo risultato finale della stessa.

Tuttavia, se è pur vero che vi sono situazioni nelle quali l’agire o l’omettere possono esprimere la medesima portata offensiva e qualitativa, è parimenti vero che ciò non dipende dalla coincidenza del risultato ultimo dell’atto (ad esempio la morte del paziente), bensì dal rilievo che viene ad assumere, nel connotare l’azione (intesa come concetto generale), l’intenzione (nel dolo) o la negligenza (nella colpa)³⁷⁹.

³⁷⁶ G. CARUSO, *Gli equivoci*, cit., 290.

³⁷⁷ Cfr. M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del reato* cit., 122.

³⁷⁸ Si veda il Capitolo II del presente scritto.

³⁷⁹ Cfr. M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del reato* cit., 125.

Seguendo infatti la chiara spiegazione di Massimo Reichlin³⁸⁰ se il cagionare la morte attivamente esprime già una certa cifra qualitativa, di per sé il lasciar morire non esprime connotazione morale senza la contestuale valutazione di altre condizioni.

Se dunque tale evidenza viene riportata nel mondo giuridico, la clausola normativa che proclama (significativamente non l'identità, bensì) l'equivalenza tra agire ed omettere - art. 40, comma 2, c.p. - non fa venir meno per ciò solo le descritte irriducibili differenze.

Si pensi ancora una volta alla già richiamata diminuzione facoltativa di pena prevista dal § 13 StGB e la si inquadri nell'ambito di un ordinamento, quale è quello tedesco, molto più incline a valorizzare l'etica dell'intenzione rispetto all'etica del risultato: <<al fondo di questa scelta sta evidentemente la convinzione [...] - di una - minore colpevolezza nel comportamento omissivo rispetto alla condotta attiva-commissiva. Chi agisce, cioè chi compie un'azione positiva, assume una posizione attiva: nella psiche dell'agente il processo di determinazione trova un suo sbocco ineliminabile nel momento del c.d. 'passaggio all'atto'. Si tratta, cioè, di un impulso attivo della volontà che 'impegna' la psiche del soggetto in modo molto più 'coinvolgente' di quanto accade nella decisione di *non agire*. La condotta omissiva si caratterizza invece per la mancanza di tale impulso attivo della volontà e, naturalisticamente, sfocia in una inerzia, in una condizione passiva, che viene considerata indice di un diverso, minore grado di colpevolezza. Una impostazione sconosciuta a chi, come noi, sia abituato a ragionare soprattutto in termini di disvalore oggettivo, ma che è del tutto pacifica e condivisa nell'ordinamento e nella tradizione penalistica tedeschi>>³⁸¹.

³⁸⁰ M. REICHLIN, *L'etica e la buona morte*, Torino, 2002, 77, il quale afferma: << mentre l'uccidere ha di per sé un valore morale negativo, il lasciar morire non è, in quanto tale, dotato di qualità morale, ma può assumere un rilievo morale in presenza di altre condizioni: ad esempio, quando contrastare la causa mortale non sia di fatto possibile, oppure il farlo implichi azioni illecite, o troppo onerose per l'agente, o quando sarebbe inopportuno, per il bene della persona in questione, che tale causa fosse contrastata>>, citato proprio in questi termini da G. CARUSO, *Gli equivoci* cit., 291 e 292.

³⁸¹ F. PALAZZO – M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, 86

Ed è qui che si innesta quella diversa prospettiva realistica, suscettibile di spostare le conclusioni cui si perviene dalla lettura dello stretto dato normativo: azione ed omissione sono assimilabili non nella coincidenza delle conseguenze ma nella modularità dei coefficienti soggettivi (intesi secondo quelle ramificazioni superiori dell'azione di cui si è detto nel capitolo II) che più significativamente le descrivono come (*lato sensu*) atti umani.

Ne deriva che, sotto il secondo profilo anzidetto – afferente al disvalore d'azione nella colpa – devono essere rievocate le ragioni profonde e filosofiche che si pongono alla base della traduzione tecnica fattane dal Codice all'art. 43. Ragioni che sono state con finezza lumeggiate da M. Ronco³⁸² nel disvelare la sussistenza di una dialettica non solo *aliud-aliud* tra dolo e colpa, bensì, ed ancor prima una dialettica – per così dire scalare – *plus-minus*, evidenziando con ciò l'esistenza di una radice comune, da individuarsi, ancor più a fondo, nella ragione per la quale è possibile rivolgere un rimprovero di responsabilità in capo a taluno, sia per dolo che per colpa. Se infatti dalla radice etimologica di “responsabilità” si risale al verbo latino *spondeo, respondere*, viene immediatamente evocata una dimensione relazionale poiché è evidente che nessuno chiede a sé stesso (semmai può domandarsi, ma, per l'appunto, non chiedersi). Del resto si risponde sempre a ‘qualcuno’ (non a qualcosa), dunque all'altro, <<attraverso un messaggio che consiste nella richiesta alla ragion pratica di ciascuno del riconoscimento di una soggettività altrà da me, che, venendo in relazione con me nella rete dello sconfinato numero di relazioni umane, ha un concreto bisogno di essere riconosciuta come soggettività autonoma>>³⁸³; concatenazione relazionale - quella ora descritta - che trova il suo equilibrio nella speculare richiesta di riconoscimento del sé da parte dell'altro sottesa alla prima.

Ne derivano sensibili conseguenze: se infatti il bene giuridico offeso dal reato diviene in questa prospettiva non l'essenza contingente dell'oggetto giuridico leso, quale realtà naturalistica, bensì la sua essenza relazionale - nel

³⁸² M. RONCO, *Dolo, preterintenzione, colpa: fondamento e struttura*, in *Commentario cit.*, 483 e ss.

³⁸³ *Ibidem*.

senso che l'offesa afferisce ad un bene appartenente ad un'altra persona - allora l'aggressione al bene giuridico può scaturire da due diverse declinazioni o da due diverse 'intensità' dell'atto umano, entrambe però contrassegnate, a monte, da una 'diversione' rispetto al fine coesenziale alla stessa natura umana: il riconoscimento dell'altro che, al contempo, sottende ed implica, a parti invertite, la necessità di riconoscimento del sé.

Del resto il diritto penale non si occupa della perdita di una vita occasionata dalla sorte avversa, ma di quella conseguente ad una condotta omicidiaria, dolosa o colposa che sia, proprio perché il bene giuridico protetto dall'ordinamento penale deve essere compreso nella sua dimensione relazionale: si protegge la vita di paziente sottoposto ad un intervento chirurgico in quanto appartiene a quel paziente quale forma di riconoscimento della sua esistenza nel mondo³⁸⁴.

Se tutto ciò è vero, se cioè nel reato si individua una condotta dis-ordinata rispetto al fine (il riconoscimento del 'bene relazionale'), allora si deve concludere che anche la colpa - in cui si estrinseca uno dei due modi (l'altro è ovviamente il dolo) di tale dis-ordinazione verso il bene giuridico - esprima un vizio della volontà, come volontà che non si protende all'anzidetto riconoscimento ma si chiude quale monade autoreferenziale ed indifferente (a questo punto anche allo stesso riconoscimento di sé, posto che esso dipende da quello dell'altro al quale non si intende rispondere).

Ecco allora che il disvalore relazionale espresso in questa peculiare forma di dis-ordinazione consente di cogliere una specifica cifra offensiva non offerta invece dall'accostamento meramente causale all'evento³⁸⁵.

Quest'ultimo, infatti, riducendo il nucleo comune della volontarietà dell'azione all'innervazione volontaria che pone l'antecedente fisico di una

³⁸⁴ Cfr. M. RONCO, *Dolo preterintenzione e colpa: fondamento e struttura*, in *Commentario* cit., 485. L'illustre Autore infatti così si esprime: <<l'aggressione del «bene giuridico» esige, 'consustanzialmente', uno specifico 'disordine' dell'azione personale che rappresenta un'inadeguata risposta alla domanda di riconoscimento promanante dalla relazione intersoggettiva: cercando di non farsi irretire nelle insidie del linguaggio, si potrebbe dire che il reo d'omicidio non va punito perché 'ha provocato la morte biologica', ma in quanto 'non ha riconosciuto la vita'>>.

³⁸⁵ Cfr. G. CARUSO, *Gli equivoci*, cit., 295.

modificazione esteriore sensibile sul piano fenomenico, deprivando l'azione colposa della sua cifra qualitativa fondante, la quale può essere correttamente intesa, nel mondo giuridico – ed ancor prima assiologico – solo mediante il confronto con il suo antagonista: ma il polo opposto alla negligenza, che caratterizza ontologicamente la colpa quale condotta disordinata al fine, non è certo il dolo, bensì la diligenza (*Επιμέλεια*). E tale ultimo concetto - nelle varie epoche storiche costantemente reso con le espressioni di accuratezza, solerzia, *attentio animi*, *adsiduitas*³⁸⁶ - sin dal relativo etimo rinvenibile nelle particelle *dis* – *lego* indica un discernimento, una scelta verso un determinato atteggiamento psichico-volitivo relazionato al fine dell'azione. In definitiva il disvalore dell'atto colposo riposa sull'indifferenza che il soggetto manifesta con la propria condotta verso il bene relazionale³⁸⁷.

In altri termini se, mutuando le parole di Hegel³⁸⁸: <<la diligenza contiene la negazione del proprio farsi-valere ed il proprio dar-si all'oggetto>>, la negligenza, in cui si sostanzia la colpa, rappresenta, all'opposto, l'affermazione di un sé che prescinde dal darsi all'oggetto; e se l'oggetto, come si è detto, consiste nella dimensione della relazione interpersonale, negarsi all'oggetto significa esprimere una cifra qualitativa di segno negativo nella chiusura a quella stessa relazione dalla quale dipende il bene (sempre allo stesso modo inteso) anche di colui che in tal modo lo nega.

Ciò non comporta tuttavia che sia corretto identificare questa connotazione di *privatio* della colpa rispetto alla *diligentia*, con la struttura dell'omissione: la *privatio* di cui qui si parla vive nella dimensione assiologica, qualitativa, dell'azione e non nella sua esternazione fisica, giacché è evidente che la 'difettività' in cui si esprime la colpa può manifestarsi tanto mediante un *agere*

³⁸⁶ Tanto che Cicerone, nel *De Oratore* affermava che la *virtus* di *diligentia* comprende in sé le *virtutes* di *cura*, *attentio animi*, *cogitatio*, *vigilantia*, *adsiduitas*, *labor* (Cfr. CANCELLI F., voce *Diligentia* (*dir. romano*), in *Enc. dit.*, XII, Varese, 1964, 517).

³⁸⁷ Cfr. M. RONCO, *Descrizioni penali dell'azione*, cit., 266 e 267; ID, *Dolo* cit., spec. *Dialettica plus-minus* 483 e ss.; G. CARUSO, *Gli equivoci*, cit., 295 e 296.

³⁸⁸ Cfr. HEGEL G.W.F., *System der Philosophie*, (cd. '*Große Enzyklopädie*'), citazione tratta dall'*Hegel=Lexikon*, a cura di Hermann Glockner, Stuttgart, 1935, I, alla voce *Aufmerksamkeit*, 158. Cfr., sul punto, U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990, 65.

fisico quanto mediante un *omittere*. Ciò che conta, in definitiva, è l'inadeguatezza (ossia una qualificazione valoriale) del protendersi della volontà verso il fine.

L'agire umano, inoltre, anche nella cornice penalistica, deve essere vagliato e valutato autenticamente e non depauperandolo delle sue peculiarità, prima fra tutte, la dimensione essenzialmente temporale in cui si dispiega la volontà umana: come Martin Heidegger disvelava in *Sein und Zeit*, nella rivoluzione completamente la realtà ontologica del concetto di 'tempo', l'uomo, ovvero ciò che il filosofo tedesco definiva l' "Esserci", gode di un privilegio ontologico nell'interrogarsi sull'essenza dell'Essere, in quanto egli stesso è un ente che *ex-siste*, (in contrapposizione a tutti gli altri enti che *in-sistono*) ovvero sia un ente che è temporale non semplicemente perché esiste nel tempo, ma perché la temporalità è il suo genuino modo d'essere. E in questo modo d'essere consustanzialmente temporale riappare, come costitutivo di tale ente, il concetto di 'cura' nei confronti dell'oggetto diverso dal sé: l'Esserci (l'uomo) trova la propria dimensione nel protendersi temporale verso una progettualità che implica necessariamente l'apertura del sé (l'uomo *ex-siste*, per l'appunto) alla relazione, prendendosi cura dell'oggetto funzionale al riconoscimento di sé stesso.

E' evidente che non è possibile approfondire in questa sede la tematica filosofica che ha impegnato il più grande esponente dell'esistenzialismo ontologico e fenomenologico tedesco del '900³⁸⁹, ma è altrettanto evidente che una certa suggestione viene suscitata laddove tale sintetico quadro venga calato nella problematica di riferimento: se l'agire umano esprime un significato decifrabile nel mondo dei valori – e, dunque anche nel mondo giuridico – solo laddove considerato nel suo stagliarsi come un *continuum* nella dimensione spazio-temporale a sua volta connotata dalla relazione interpersonale, la pretesa di sezionare a fini analitici l'azione umana in fattori del tutto impermeabili, focalizzandosi esclusivamente sul risultato finale e caricando solo quest'ultimo del ruolo di 'traduttore di offensività', impoverisce non solo l'azione umana in

³⁸⁹ Come, del resto, non è intenzione di chi scrive ridurre in poche righe la complessità di pensiero che Martin Heidegger compendì in *Sein und Zeit* e superò con i lavori successivi.

una prospettiva ontologica, ma anche la capacità valutativa giuridica, privata del segmento più autenticamente connotante la cifra qualitativa dell'atto umano.

Queste riflessioni, laddove ricollegate al tema di specifico interesse, dovrebbero consentire di porre in evidenza come, nelle ipotesi prima definite *sub* 3), la struttura commissiva e la natura colposa della condotta esprimano un coefficiente di offensività già apprezzabile e significativo, senza che l'evento abbia ancora giocato alcun ruolo nel consegnare il significato giuridico (e prima ancora assiologico) del fatto.

Del resto, sulla base di quanto emerso, non sarebbe poi così 'scandaloso' affermare che l'accadimento esteriore (il risultato naturalistico della condotta) riveli una capacità espressiva inferiore, rispetto alle innervazioni soggettive appena viste, nel contrassegnare lo spessore giuridico dell'offensività.

E non è forse un caso che sia stato evidenziato come l'evento non debba essere eccessivamente enfatizzato nel suo ruolo di elemento costitutivo del *Tatbestand* colposo³⁹⁰, giungendosi ad affermare che, in fondo, <<non è completamente esatto>> dire che <<nella colpa l'evento non ha mai niente a che vedere con le condizioni obiettive di punibilità>>³⁹¹. Si tratta, è evidente, di un'affermazione che di primo acchito desta una certa 'vertigine' anche se a pronunciarla è un illustre autore quale Massimo Donini. Gustav Radbruch avrebbe probabilmente obiettato che a portare sino in fondo tale assunto (concedendo cioè un così ampio spazio al *Zufallsmoment*) si giungerebbe ad una <<vergognosa responsabilità per il caso>>³⁹², aprendosi la via a tutto quel filone che, in Italia e

³⁹⁰ M. DONINI, voce *Imputazione oggettiva* cit., 690 e ss.

³⁹¹ *Ibidem*.

³⁹² Cfr. G. RADBRUCH, *Aussetzung*, in BIRKMEYER K. et al. (a cura di), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Besonderer Teil*, V, Berlin, 1905, (185), 201 ss., nt. 2. Cfr. anche D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 109-110, il quale presenta delle esemplificazioni molto suggestive: <<i>i)</i> l'automobilista A, non avvedendosi del semaforo rosso, attraversa a velocità sostenuta un importante incrocio cittadino nell'ora di punta: ma ('miracolosamente') non si verifica nessun incidente a carico dei partecipanti al traffico; [...] <<i>ii)</i> l'elettricista B riattiva il circuito elettrico, non avvedendosi che il suo collega sta ancora lavorando sui fili scoperti: ma, 'grazie' a un improvviso ('casuale') *black out* della rete elettrica generale, non si verifica alcun incidente; [...] <<i>iii)</i> la mamma C, lascia per pochi secondi la terrazza di casa per rispondere al telefono, perdendo così di vista il figlio di pochi

in Germania, ha finito per declassare l'evento, nei reati colposi, a mera 'condizione obiettiva di punibilità'.

Tuttavia, la vertigine, se pur non sparisce del tutto, si attenua dinanzi ad alcune considerazioni.

Se Radbruch osservava che tra due uomini, entrambi egualmente negligenti o imprudenti nel maneggiare un lume e parimenti in grado di prevedere i possibili esiti offensivi di un tal contegno, solo quello rispetto al quale la 'malvagità dell'oggetto' ha voluto lo sviluppo di un incendio potrebbe essere soggetto a sanzione penale, in realtà si potrebbe obiettare che il contenuto di illiceità della condotta (con il suo carico di disvalore d'azione) riguardato da una prospettiva *ex ante* rimane esattamente dov'è, indipendentemente dal verificarsi o meno un evento che influirebbe 'solo' sul disvalore del fatto. La condotta – si badi, solo essa, non già l'intero fatto – si presenta già sproporzionata al fine,

anni che, arrampicandosi sul muretto, precipita nel vuoto: 'fortunatamente' il bambino rimbalza sui fili per la biancheria del piano sottostante, risultando alla fine illeso>>); ancora più evidente si presenta l'influenza del *Zufallsmoment* nelle seguenti ipotesi: <<*iv*) i rapinatori D e F, dopo il 'colpo', si allontanano ognuno a bordo delle rispettive motociclette attraversando ad altissima velocità, in direzioni opposte, la zona pedonale densa di passanti: 'soltanto' D investe un pedone, procurandogli lesioni, mentre F si dilegua senza ulteriori incidenti; *v*) le bambinaie G e H, incontratesi al parco, si distraggono per un breve lasso di tempo dalla sorveglianza dei bambini loro rispettivamente affidati, intente a chiacchierare tra loro: il bambino affidato a H cade nella fontana e annega, mentre il suo coetaneo affidato a G, pure precipitato nella fontana, viene tratto in salvo da un passante; [...] *vi*) in un ospedale arrivano nello stesso momento due ambulanze con due pazienti che hanno riportato gravi ferite in altrettanti incidenti dovuti all'inosservanza di regole cautelari (da parte di due datori di lavoro, o due automobilisti, o due medici di altra struttura sanitaria, etc.). I due pazienti si trovano nelle medesime condizioni di urgenza, ma il personale del pronto soccorso può prestare le necessarie cure salvavita ad uno solo dei pazienti, che si salverà, mentre per l'altro non si riuscirà a intervenire tempestivamente. Così, uno dei contravventori risponderà di omicidio colposo, mentre l'altro 'soltanto' di lesioni colpose; [...] *vii*) gli imprenditori di uno stesso settore produttivo di una determinata provincia, a fronte degli alti costi di installazione di un nuovo presidio antinfortunistico recentemente imposto per legge e relativo alla prevenzione di una tipologia grave ma molto rara di incidenti, decidono per il momento di non procedere all'installazione, in attesa, a partire dal mese successivo, di poter disporre di un dispositivo di identica efficacia, ma a costo decisamente inferiore (perché, ad esempio, sarà disponibile direttamente sul mercato interno, quindi non sarà gravato da costi d'importazione): nel frattempo, si verifica, in 'una sola' delle aziende interessate, quella di I, un incidente dalle conseguenze lesive per un lavoratore, evitabile attraverso la cautela prescritta; [...] *viii*) si modifichi l'esempio precedente, ipotizzando che l'incidente - occorso soltanto, come detto, nello stabilimento gestito da I - sia dovuto, oltre che all'assenza del dispositivo antinfortunistico prescritto, anche alla gravemente imprudente condotta dell'operaio L, il quale, violando le prescrizioni di sicurezza impartite dal datore di lavoro, si era ferito mentre tentava una pericolosa e vietata operazione di manutenzione 'in proprio' del macchinario>>).

dunque già dis-ordinata alla relazione, dunque, in definitiva, già colposa, laddove sussistano la violazione della regola cautelare, la riconoscibilità e l'evitabilità astratta del risultato: eppure rimane ancora uno spazio per il fato sul venire ad esistenza di un evento o sul fortunato scivolare delle cose senza danni per alcuno³⁹³.

V'è però a questo punto da domandarsi se e sino a che punto questa componente di alea rappresenti oggetto dei criteri di imputazione dell'evento. E parrebbe di doversi rispondere che, in realtà, la componente di fortuità sulla quale si snoda l'aporia, sia pertinente a quelle circostanze di mero fatto che risultano prive di autonomo rilievo giuridico, esibendo la loro portata solo sul piano storico-fattuale³⁹⁴. Non si potrebbe allora parlare di un vero problema di *Zufallszurechnung*, poiché nel 'fato galeotto' residuerebbe pur sempre una componente di prevedibilità - che distingue la situazione dalla oggettiva imprevedibilità del vero caso fortuito - la quale non verrebbe dunque dissociata dal disvalore di condotta e dalla realizzazione dell'evento, ma rimarrebbe con essi in connessione 'dialettica'.

Se così stanno le cose, allora, non sarebbe corretto affermare che si risponda penalmente per il caso, ma all'opposto, si dovrebbe sostenere che in taluni casi, proprio a causa del fato, non si risponda penalmente, in quanto l'evento, pur propiziato e 'virtualmente intrapreso' con la condotta negligente, non viene ad esistenza in termini di concreta offensività. E ciò perché l'azione <<è data in balia alle potenze esteriori, le quali vi annettono tutt'altro da quello che l'azione è per sé, e la sospingono verso conseguenze lontane, estranee>>³⁹⁵.

Ciò significa che nel delitto colposo d'evento l'agente ha già speso integralmente il disvalore *personale* dell'illecito mediante la condotta dis-ordinata rispetto al fine, vale a dire mediante la condotta contraria alla regola di diligenza, manifestando così la sua indifferenza, la sua chiusura, rispetto al bene giuridico.

³⁹³ Cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa* cit., 112.

³⁹⁴ Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza* cit., 334.

³⁹⁵ Cfr. HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia del Diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, trad. it., Milano, 2006, 231-232.

Su queste basi ed in questo orizzonte di senso, allora, la stessa cifra offensiva disvelata dal delitto colposo commissivo si stratifica per gradi, assumendo quelle che G. Caruso³⁹⁶ definisce due tonalità: la prima descrive l'offensività 'attiva', scolpita dalla prova certa e positiva (sul piano dinamico-processuale) della violazione cautelare, della concreta causazione dell'evento e della congruenza di quest'ultimo rispetto allo specifico risultato che la norma astratta mirava a scongiurare; la seconda tonalità non consisterebbe direttamente nell'offensività in positivo, ma dovrebbe più che altro esser vista come inoffensività, in chiave negativa, destinata ad operare quale componente <<di erosione 'dal basso' del già quasi integrale significato offensivo dell'illecito, e che tuttavia, per poter escludere l'istanza di responsabilizzazione, deve caratterizzarsi in termini di 'prova positiva' di una mancanza, di una inevitabilità, di una inutilità, di una inservibilità, *post factum*, del comportamento doveroso>>³⁹⁷.

In altri termini si tratterebbe, in questa seconda 'tonalità' di verso negativo, di quella dimensione ermeneutica capace di chiarire come la stessa offensività non integri un elemento aggiuntivo del fatto tipico, ma <<l'**aspetto negativo di ogni condotta tipica**, che deve bensì corrispondere al profilo positivo descritto dal modello normativo, ma anche essere priva di note che le tolgano il significato di contrarietà all'esigenza di rispetto che promana dal bene giuridico>>³⁹⁸ (grassetto apposto da chi scrive).

Tale accostamento al tema, attraverso una considerazione del principio di offensività, del resto, sembra giustificarsi anche alla luce di una considerazione dischiusa dalla terminologia impiegata: le costellazioni di suffissi deverbali -ibile, -abile, richiamati costantemente dal tema dell'evitabilità dell'evento, rievocano con una certa profondità le problematiche che si annidano intorno al precipitato dispositivo di cui all'art. 49, co. 2, c.p.. Non è possibile in questa sede affrontare

³⁹⁶ G. CARUSO, *Gli equivoci*, cit., 302.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, cit., 107 e ss.; si veda anche per una raffinata ricostruzione del tema dell'offensività nell'ambito del reato impossibile, G. LICCI, *Reato putativo e reato impossibile*, in M. RONCO (a cura di) *Commentario* cit., 870, e ss. spec. 877-885.

funditus il tema del reato impossibile quale referente normativo del principio di offensività, ma alcune osservazioni si rendono opportune al fine di poter meglio esplicitare il contenuto dell'argomentazione generale.

Evitando di riportare le note dispute tra fautori delle concezioni pluraliste e moniste circa il concetto di evento cui si riferisce l'art. 49 c.p. - e la dicotomia creatasi all'interno di queste ultime tra sostenitori dell'evento in senso naturalistico e in senso giuridico - si può prender posizione esplicitando che l'evento cui allude il codice all'art. 49, co. 2, si ritiene concretizzarsi nell'«alterazione giuridicamente significativa dei rapporti intersoggettivi, coesistente alla nozione stessa di reato e costituente sul piano storico, l'esito tipico (di cui la legge intendeva impedire la realizzazione in quanto giudicata offensiva di un interesse protetto) di un comportamento tipico, attivo od omissivo [...] corrispondente, sul piano della fattispecie astratta, alla situazione offensiva finale che il legislatore intende evitare con la minaccia della sanzione»³⁹⁹, così superando quella differenziazione tra evento in chiave giuridica nell'ambito del dolo, ed evento in chiave naturalistica nell'ambito del nesso causale, edificato proprio sul presupposto di una polisemia codicistica⁴⁰⁰.

Da quanto detto deriva dunque che è ben possibile si diano ipotesi nelle quali taluni fatti, apparentemente conformi al tipo, in realtà non si rivelino tali in quanto mancanti, pur in presenza di un evento naturalistico, di una nota concretamente lesiva per il bene da tutelare⁴⁰¹. In tal modo riemerge quanto in precedenza detto, ovverosia che il principio di offensività tradotto nelle formule linguistiche dell'art. 49 cpv. c.p. costituisce la risposta giuridica all'esigenza che il fatto concreto manifesti non solo i connotati formali del modello astratto, bensì il

³⁹⁹ G. LICCI, *op. ult. cit.*, 876 e 877, al quale si rinvia per un approfondimento dei nodi tematici, in tema di reato impossibile, che non possono in questa sede essere sviluppati.

⁴⁰⁰ Polisemia che, sebbene sostenuta da dottrina illustre (si confronti, per tutti, M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1963 (rist. 1984), e ID., voce «Dolo», in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1960, 753 e ss.) non sembra attagliarsi alla precisione linguistico-terminologica espressa dal Codice Rocco, tanto più ove si consideri che a venir ripetuto, negli artt. 40 e 43, non è un solo vocabolo, bensì una locuzione complessa.

⁴⁰¹ Tale idea di fondo trova invero radice – come ben nota G. LICCI, *op. ult. cit.*, 877 - già nel pensiero di H. WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1940, 30 e ss.

contenuto lesivo che quei connotati formali sono volti ad esprimere con un segno normativo⁴⁰².

Nella possibile discrasia tra tipo normativo e offesa⁴⁰³ si rischierà, del resto, anche l'altro piano di interesse del principio realistico sotteso a questa ricostruzione; principio proteso nella distinzione tra disposizione normativa e norma reale come chiave di lettura della stessa tipicità, declinata diversamente da vari Autori quale modello di conformità all'*enunciato* normativo o come rispondenza al *contenuto* normativo.

Seguendo l'indirizzo segnato da G. Vassalli, secondo il quale: <<se anche è vero che l'offensività effettiva, una volta richiesta dalla legge per l'esistenza del reato, entra a far parte della fattispecie e si inquadra nella tipicità, concettualmente offensività e tipicità rimangono distinte. La prima è e rimane la *ratio* dell'incriminazione, la seconda ne è la forma>>⁴⁰⁴, è allora possibile affermare che ci si trova dinanzi all'integrazione di un'autentica tipicità solo laddove la fattispecie concreta non si limiti a ricalcare le articolazioni formali della disposizione, ma ne esprima anche compiutamente il senso offensivo sintetizzato e reso intellegibile attraverso una delle tante proposizioni che convergono a determinare la norma reale.

Così ragionando, peraltro, possono essere vinte anche le tradizionali obiezioni mosse alla lettura del principio di offensività quale ingrediente della tipicità.

Da un lato, infatti, la constatazione di una natura essenzialmente garantista della dimensione ermeneutica dell'offensività nell'integrazione della tipicità - che, come si è detto, lavora sempre in negativo, erodendone 'l'apparenza' - riesce a placare le obiezioni incardinate sulla lamentata violazione del principio di legalità⁴⁰⁵: la concezione realista, infatti, intende far rientrare l'offesa nell'ambito

⁴⁰² Cfr. G. LICCI, *op. ult. cit.*, 878.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA. VV., *Studi in onore di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 670. Per un approfondimento dei vari orientamenti in seno agli stessi sostenitori del principio realistico si veda, ancora una volta, G. LICCI, *Reato putativo cit.*, 880 e ss.

⁴⁰⁵ Cfr. F. STELLA, *La teoria del bene giuridico cit.*, 3 e ss.;

degli elementi intrinseci della fattispecie e deve essere tenuta ben distinta dalla concezione sostanzialista dell'offensività, tesa ad una integrazione extra-legale della fattispecie⁴⁰⁶.

Da un altro lato, tali affermazioni si espongono alla nota critica mossa da P. Nuvolone⁴⁰⁷ secondo il quale, se non vi è spazio nell'identificazione dell'offensività per forme di eterointegrazione extragiuridica (dovendo la stessa rinvenirsi dal solo dato positivo), l'art. 49 non darebbe alcun contributo euristico alla comprensione degli interessi salvaguardati e la distinzione concettuale tra enunciato normativo, da un lato, ed offensività (da desumere proprio da quegli stessi elementi descrittivi del dato positivo) dall'altro, finirebbe per collassare all'interno di un *circulus inextricabilis*.

L'argomento, pur logicamente ineccepibile, si dissolve – come puntualmente nota Giorgio Licci – dinanzi alla <<scoperta della pre-comprensione (*Vorverständnis*) intesa come anticipazione del significato>> la quale rappresenta la 'stella polare' di ogni ricostruzione ermeneutica, muovendo l'interprete verso l'individuazione dell'autentico significato di una norma a partire da una congettura iniziale da sottoporre ad un rigoroso giudizio di falsificazione costantemente sottoposto a vaglio critico nel corroborare l'ipotesi iniziale.

Se dunque l'identificazione del bene giuridico può guidare nella ricostruzione interpretativa dell'enunciato normativo, l'offensività, in uno con il riconosciuto 'scarto' tra concretezza del fatto e astrattezza della norma, può guidare la fase applicativa (da una prospettiva *ex post*⁴⁰⁸): superandosi la

⁴⁰⁶ Cfr. F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 447 e ss.

⁴⁰⁷ Cfr. P. NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, 55 e ss.

⁴⁰⁸ Va precisato, come detto in precedenza, che le prospettive *ex post*, come quelle *ex ante* - al pari di ogni discorso sulla base di giudizio - devono essere relativizzate: se il ragionamento predittivo del giudice o, detto altrimenti, la prognosi postuma intende indagare una prospettiva *ex ante*, essa si volge pur sempre ad un fatto del passato ed accede comunque ad una valutazione fatta *a posteriori*. Analogamente, l'angolo prospettico *ex post* risulta sempre arricchito di ineliminabili componenti di giudizio *ex ante*, poiché la visuale conoscitiva dell'uomo rimane parziale e selettiva: in coerenza con il carattere antropologicamente e strutturalmente condizionato dell'esperienza, l'interprete non può certo godere della *God eye's view* (l'espressione è di G. LICCI, *op. ult. cit.*) sicché il suo ricostruire logico sarà sempre, in certa misura, condizionato dalle pre-comprensioni esperienziali.

semplificistica visione di una sussunzione della realtà fenomenico-naturalistica entro un tipo descrittivo inaridito delle proprie coordinate offensive, il significato della condotta (così come impresso nell'evento) potrà e dovrà essere valutato superando lo stato-prefigurale del modello astratto e vagliando la possibile insussistenza (o irragionevolezza) di significatività lesiva della condotta.

Del resto se si pone mente al fatto che proprio nelle ipotesi di cui all'art. 49, co. 2, c.p. potrebbe essere applicata, in luogo della sanzione penale, una misura di sicurezza - ovviamente al sussistere di una riscontrata pericolosità dell'agente - non sembra incoerente asserire che il legislatore voglia concentrare l'attenzione dell'interprete non sulle contingenze circostanziali alla condotta <<data in balia delle potenze esteriori>>⁴⁰⁹, bensì sulla ragionevolezza dell'operato dell'autore in ordine alla attuabilità dell'offesa al bene giuridico⁴¹⁰.

Quanto precede riporta allora proprio a quella duplice dimensione dell'offensività di cui si è detto, capace di rischiarare dall'interno del fatto tipico la cifra di disvalore che connota la *condotta* caricandola di una prima tonalità offensiva, per poter procedere poi a ricercarne le tracce impresse nell'evento, ove tale cifra dis-valoriale si addensa di significato offensivo.

Ecco allora che raccordando il senso autentico della riflessione teoretica che precede al problema di fondo della ricerca, è possibile avanzare un'interpretazione che, lumeggiando lo stretto dato normativo con le ragioni profonde della responsabilità penale, possa giustificare l'abbassamento del rigore probatorio in punto di evitabilità nei reati commissivi a componente colposa prevalentemente attiva.

Nella prospettiva secondo la quale il secondo 'gradino' della causalità della colpa venga espunto dal *Tatbestand* (quale elemento letto in positivo) e trovi posto nella dimensione ermeneutica dell'offensività (*recte*: inoffensività) del fatto illecito (in negativo), diviene allora possibile applicare - nelle sole ipotesi *sub* 3) - il criterio del 'più probabile che non', fermo restando che laddove vi sia la

⁴⁰⁹ HEGEL G.W.F., *Lineamenti di filosofia*, cit., 231.

⁴¹⁰ Cfr. G. LICCI, *Il reato putativo* cit., 894.

dimostrazione oltre ogni ragionevole dubbio (a questo punto, però, in positivo e spostando l'onere probatorio sulla difesa dell'imputato) che l'evento si sarebbe egualmente verificato nel suo *hic et nunc* anche in caso di comportamento alternativo diligente, l'agente andrebbe assolto per difetto di completa integrazione del *Tatbestand* colposo nella sua componente negativa di offensività.

Ciò è possibile in quanto, come si è visto, a connotare la condotta risultano maggiormente espressive le componenti soggettive 'genetiche' che la innervano alla base, più che gli esiti fenomenicamente percepibili della stessa. Ne deriva che ancor prima del verificarsi dell'evento, l'agente ha già speso integralmente il disvalore *personale* dell'illecito mediante il dispiegamento di una condotta contrastante con le regole di diligenza; il che equivale a dire mediante una condotta già connotata da un primo gradiente di offensività per essersi dispiegata in maniera dis-orinata, indifferente, inaccurata rispetto al fine ultimo nel quale si compendia, a scavare ancor più a fondo, la ragion d'essere della tutela penale: la risposta alla relazione interpersonale.

Un banco di prova in questo senso potrebbe essere rappresentato dall'analisi della sentenza di Cassazione sul noto terremoto dell'Aquila, laddove la Corte di nomofilachia, al di là dei rilievi che potrebbero essere mossi in punto di prevedibilità (ancora una volta ancorati, ancorché surrettiziamente, al modello della *worst-cast analysis*), nell'interrogarsi sull'evitabilità dell'evento mediante la condotta alternativa diligente sottolinea (in termini generali) la sussistenza di un profilo causale afferente propriamente alla colpa. La Corte, infatti, dopo aver delineato la 'causalità basica' e (sempre in astratto) la prima dimensione della causalità della colpa come convergenza tra l'evento verificatosi e quello che, in termini generali, la norma mirava ad evitare, correttamente chiarisce: «la rilevanza del profilo causale si mostra anche da un altro punto di vista che attiene all'indicato momento soggettivo, quello cioè più strettamente aderente al rimprovero personale. Affermare, come fa l'art. 43 cod. pen., che per aversi colpa l'evento deve essere stato causato da una condotta soggettivamente riprovevole implica che l'indicato nesso eziologico non si configura quando una condotta appropriata (il c.d. comportamento alternativo lecito) non avrebbe comunque

evitato l'evento [...] *Tale assunto rende evidente la forte connessione esistente in molti casi tra le problematiche sulla colpa e quelle sull'imputazione causale.* Infatti non di rado le valutazioni che riguardano lo sviluppo causale si riverberano sul giudizio di *evitabilità in concreto*>> (corsivi di chi scrive). Sennonché, qualche riga più avanti, afferma: <<*dando per scontato, ipoteticamente, che il nesso di causalità materiale con gli eventi lesivi allo stesso ascritti sia stato già riscontrato [...] la causalità di cui si parla è appunto quella della colpa. Essa si configura non solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l'esito antiggiuridico, ma anche quando una condotta appropriata aveva (sic: avrebbe avuto) apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno [...]. In ogni caso non si dubita che sarebbe irrazionale rinunciare a muovere l'addebito colposo nel caso in cui l'agente abbia omesso di tenere una condotta osservante delle prescritte cautele che, sebbene non certamente risolutiva, avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verifica dell'evento o (per dirla in altri, equivalenti, termini) avrebbe avuto significative, non trascurabili probabilità di salvare il bene protetto (Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014 Espenhahan e altri)*>>⁴¹¹ (corsivi di chi scrive).

Queste poche righe rievocano tutta una serie di problemi già affrontati nel corso della ricerca, ma volendo limitarsi ad alcune conclusive osservazioni, senza ripercorrere i fili tematici già svolti, può immediatamente essere notata una distonia che li racchiude sinteticamente: la Corte parla di un agente che <<ha omesso [...]>> mentre il capo d'imputazione si presenta costruito in forma commissiva; ne dovrebbe discendere, se di condotta omissiva (o comunque di condotta attiva a prevalente coefficiente colposo omissivo) si parla, che la prova dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, rifluendo quanto a significato offensivo nel giudizio di stretta causalità - posto che l'eventuale cifra offensiva si coglie nell'imprudenza della nota dichiarazione mediatica dell'imputato De Bernardinis e non nella dichiarazione in sé - dovrebbe essere accertata con elevata probabilità logico-razionale confinante con la certezza, mentre invece si ripiega espressamente per soluzioni meno rigorose.

⁴¹¹ Cass. Pen., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 2221.

Ciò che si vuole far emergere, in definitiva, non è tanto se nel caso di specie sia corretto o meno richiedere un rigore probatorio meno elevato in punto di evitabilità, bensì, ancor più in profondità, interrogarsi sul modo in cui la Corte ricostruisce la tipicità della condotta dell'imputato: se quanto si è in precedenza detto - circa la capacità tipizzante concreta dell'offensività nella condotta - è vero, allora dinanzi al summenzionato passaggio argomentativo non può sfuggire come la Corte proceda a ritroso, ricostruendo la stessa tipicità della condotta, e pertanto anche la sua cifra offensiva, partendo dall'evento naturalistico e considerando la condotta solamente nella sua efficienza causale, senza spazio alcuno per la sua 'reale' connotazione.

Il che significa svuotare di senso quella caratterizzazione 'privativa' della colpa capace di consegnare il significato offensivo della condotta come agire umano.

In conclusione il monito che corre lungo la filigrana di questa possibile soluzione si sostanzia nel richiamare il giudicante a posare l'attenzione non solo e non tanto sull'efficienza causale della condotta rispetto ad un evento - che, considerato tipico nel suo volto strettamente naturalistico, viene preso a punto di riferimento per ricostruire a ritroso un *Tatbestand* ridotto a mera consequenzialità tra condotta ed evento - ma sull'individuare, a monte, l'*atto umano* come condotta tipica e 'non inoffensiva', per poter solo poi valutare se l'evento rechi in sé impresse le tracce di tale tipicità-offensività, giungendo così a considerare il fatto, nel suo complesso, oggettivamente tipico e pertanto suscettibile del susseguente vaglio di tipicità soggettiva.

Tale accostamento al tema, implicando una visione di più ampio respiro, disancorata dalla tradizionale tendenza a dissezionare il reato atomisticamente, sospinge verso il recupero di una nozione unitaria del fatto di reato, incline ad avventurarsi coraggiosamente nelle pieghe più autentiche del dinamismo umano, idonee, molto più di una parcellizzazione astratta dell'illecito penale riguardato come entità asettica, a rendere palpabile il vero disvalore dell'agire dell'uomo, quale centro di irradiazione dello stesso disvalore poi catalizzato nell'evento e, in definitiva, caratterizzante il fatto nel suo complesso.

4. Considerazioni ... conclusive (?)

La causalità della colpa, nella complessa articolazione che la connota, rappresenta, come si è visto, il punto di emersione e nel contempo il polo di attrazione di una pluralità di problemi che astringono in un intreccio gordiano le categorie dogmatiche classiche, ‘flessibilizzate’ e ‘riplasmate’ da dottrina e giurisprudenza sino a lambirne il ‘punto di rottura’.

Vero è che nell’odierna società del rischio se da un lato l’evoluzione tecnoscientifica è motivo di inconfutabile miglioramento qualitativo della vita, dall’altro l’incertezza cognitiva che caratterizza settori sempre più specifici e, nel contempo coesenziali a quella stessa evoluzione, rivela inediti e sempre più complessi scenari criminologici in cui risalire compiutamente la trama delle fenomenologie offensive diviene operazione sempre più ardua.

Si assiste così non di rado ad un congedo, più o meno esplicito e più o meno consapevole, dagli autentici perimetri delle categorie dogmatiche, finendo per allargarne o restringerne le maglie in una spasmodica corsa alla ricerca di un responsabile, capace di frenare la vertigine dell’incertezza, nell’illusoria facciata di imputazioni per eventi, in realtà, spesso imprevedibili e comunque inevitabili, disancorati dunque da una cifra davvero offensiva della (pur astrattamente tipica) condotta umana.

Ciò rappresenta bene quel paradosso circolare post-moderno in cui l’incertezza genera un pressante bisogno di sicurezza⁴¹² ed il rischio, divenuto vero *topos* fondativo di plurime ricostruzioni teorico-penalistiche, risulta figlio di una società che, segnata da quest’incertezza ‘genetica’, finisce per dissolvere la fissità di alcuni concetti (in primis quelli di evento, di colpa e di causalità) rendendoli talmente inafferrabili e fumosi da svilirne il ruolo di rigore selettivo e tipizzante all’interno del diritto penale.

⁴¹² BECK U., *La società* cit. <<l’estensione delle conoscenze genera un aumento dell’ignoranza e la globalizzazione dei fenomeni allenta i vincoli stanziali e nazionali, ma alimenta il sorgere di sentimenti nazionalistici; il processo di sradicamento delle relazioni sociali dai contesti di interazione locali fa sì che ci si affidi alla fiducia nei confronti dei sistemi esperti e, purtuttavia, cresce la diffidenza sull’attendibilità del sapere di tali sistemi; la scienza diventa riflessiva: crea nuovi rischi, lavora per contenerli e, nel contempo, ne partorisce di nuovi>>.

Su questo sfondo ci si è allora interrogati sulla peculiare figura della causalità della colpa, quale istituto ‘ibrido’, di confine tra il ‘regno’ dello colpa e quello della causalità, in una sorta di ‘ponte’ concettualmente volto ad individuare un difficile punto di equilibrio tra esigenze contrapposte, in modo da poter selezionare, già sul piano dell’imputazione normativa oggettiva, quei fatti che consegnino già una sicura carica di disvalore.

Tale indagine ‘catapulta’ immediatamente l’interprete nella costante, irrisolta e probabilmente irrisolvibile tensione tra causalità e imputazione in una sorta di *sehnsucht* (dal sapore romantico-letterario ottocentesco) che implica una costante e dinamica riflessione nella dialettica dell’evoluzione teorico-giuridica, tutta protesa alla ricerca di soluzioni sempre più raffinate e coerenti con l’intero sistema e con le istanze di segno contrapposto che lo compongono.

Si è trattato dunque di isolare concettualmente la figura della causalità della colpa, articolandola nelle sue due componenti della concretizzazione del rischio (o della rispondenza dell’evento allo scopo di tutela della norma), da un lato, e dell’evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito, dall’altro.

Si è così potuta porre in luce quella peculiare e complessa funzione di cui la causalità della colpa è gravata, volgendosi a lumeggiare la necessità che l’evento, per definirsi tipico e completare il *Tatbestand*, sia autenticamente *causato* da una *colpa* informante la condotta, più che dalla condotta stessa intesa quale mero empirismo fenomenologico.

In tal modo si è provveduto a distinguere concettualmente, almeno in via di prima approssimazione, la causalità della colpa dalla attigua categoria della causalità *stricto sensu* intesa, focalizzandosi sul c.d. secondo livello della stessa, l’evitabilità dell’evento, che della causalità materiale o ‘basica’ continua, tuttavia, a rispecchiare la struttura epistemologica.

Ma proprio questa particolare vocazione dell’evitabilità dell’evento mediante il comportamento alternativo lecito ad inserirsi, dal punto di vista concettuale, nell’ambito dei giudizi ipotetici propri del ragionamento controfattuale, ha appalesato la necessità di porre una premessa di struttura di tutta la ricerca successiva: distinguere a sua volta questo secondo gradino della causalità della

colpa sotto il profilo metodologico di indagine. Se infatti la modularità operativa del giudizio controfattuale risulta un indubbio strumento di razionalità logica nel giudizio che si dispiega pur sempre verso la ricostruzione di un fatto del passato (attraverso un incedere esplicativo nei reati commissivi o attraverso una 'predittività retrospettiva' nei reati omissivi), esso risulta del tutto adiaforo rispetto all'oggetto che indaga. Pertanto, al fine di poter comprendere gli spessori di corroborazione processuale da pretendere in un siffatto accertamento, si è chiarita la necessità di ricercare una collocazione statico-dogmatica dell'evitabilità stessa, secondo una pre-selezione 'weberiana' dell'oggetto dell'indagine da sottoporre alle potenzialità euristiche del controfattuale sotto il profilo dinamico-processuale.

Si è infatti messo in luce come siano molto variegate le costellazioni di casi nelle quali l'accertamento del comportamento alternativo lecito viene chiamato in discussione, risolvendosi nel giudizio circa la sussistenza del mero nesso condizionalistico o assumendo una pregnanza autonoma e ben più tipizzante, in base alle opzioni ermeneutiche seguite dalla giurisprudenza ed ancor prima in relazione alla qualificazione della fattispecie come commissiva od omissiva.

Su questa base si è allora preso l'abbrivio dall'acuta e illuminante tripartizione proposta da Massimo Donini tra reati 1) omissivi *tout court*, 2) reati commissivi a coefficiente colposo prevalentemente omissivo e 3) reati commissivi a coefficiente colposo sicuramente attivo, facendo emergere le possibili sovrapposizioni tra il giudizio *stricto sensu* causale e quello più specificamente coinvolgente la causalità della colpa nei reati omissivi impropri, con le conseguenti possibili differenziazioni sotto il profilo epistemico-processuale.

Si è pertanto proposto di indugiare sull'evoluzione della giurisprudenza di legittimità sino alla storica sentenza Franzese, al fine di saggiare la sensibilità sino ad allora dimostrata dalla prassi forense per la tematica oggetto di interesse: si sono dunque seguiti i paradigmi argomentativi che venivano in allora posti a sostegno di soluzioni 'probabiliste' circa la prova dell'evitabilità dell'evento nell'ambito dei reati omissivi impropri (in modo da poterli poi confrontare, nel prosieguo della ricerca, con quelli attualmente utilizzati in relazione alla più

specificata tematica della causalità della colpa) giungendosi a conseguire una serie di conclusioni interlocutorie:

- si è affermato che la Franzese ha indiscutibilmente rappresentato una pietra angolare in seno alla tematica causale, dovendosi alla stessa riconoscere il grande merito, da un lato, di aver affermato lo standard dell'elevata credibilità logico-razionale confinante con la certezza (censurando così l'orientamento meramente probabilista in tema di reato omissivo improprio) e, dall'altro, di aver tracciato una chiara distinzione tra 'probabilità statistica' e 'probabilità logica'. Tuttavia si è evidenziato come la stessa si sia concentrata soprattutto sul momento epistemico ed anche sotto questo profilo abbia lasciato, come si è visto, dei nodi irrisolti (proprio quelli che oggi si allignano sul tema della causalità della colpa).
- si è posto in luce come nemmeno la Franzese abbia concettualmente isolato il tema *lato sensu* causale rispetto all'adiacente (e financo sovrapposto) tema del secondo livello della causalità della colpa (l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito).
- infine, si è notato come la Corte di nomofilachia non fosse ancora giunta ad una considerazione puntuale dei profili di demarcazione tra condotta attiva ed omissiva, sovrapponendo il momento omissivo della colpa con la struttura (omissiva) della condotta.

In virtù di tali considerazioni e ritenendosi che l'ultimo profilo evidenziato rappresenti il vero crocevia⁴¹³ per la risoluzione o quanto meno per la comprensione del dialogo dottrinale e giurisprudenziale diramatosi sul tema, si è deciso di dedicare un certo spazio all'approfondimento del reato omissivo improprio, allo scopo di affinare gli strumenti per distinguerlo correttamente dal reato commissivo, comprendendo compiutamente la struttura dell'omissione impropria e distinguendola, almeno concettualmente e sotto il profilo dogmatico, rispetto agli elementi omissivi della colpa, così superandosi quelle frequenti sovrapposizioni di piani foriere di confusione e imprecisione.

⁴¹³ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento* cit., 117, nota n. 39: <<la distinzione tra fare e omettere [...] costituisce un vero crocevia per molti questioni generali e dovrà essere approfondita in future ricerche>>.

L'approfondimento ha ricondotto all'intreccio statico-dogmatico e dinamico-processuale che avvolge il tema della causalità della colpa riproponendo problemi 'antichi' e dischiudendone di 'nuovi' dinanzi all'impossibilità di ingabbiare nella tradizionale dicotomia azione-omissione la fantasia dinamica della società post-moderna.

Si è allora ripreso, *'in corpore vili'*, il filo tematico principale, calandosi nella realtà giurisprudenziale successiva alla Franzese e notandosi una progressiva e gradualmente crescente attenzione per il problema della 'causalità della colpa'. Analizzando così alcuni importanti arresti della IV Sezione, tra i quali la nota sentenza sulla frana di Sarno, è emersa una consapevolezza giurisprudenziale certamente maggiore della diversità concettuale tra causalità 'basica' e 'causalità della colpa', così come una più marcata distinzione tra i reati commissivi e quelli omissivi, una più fondata delimitazione tra i profili negativi della colpa e la struttura dell'omissione ed anche una encomiabile attenzione per il tema della ri-descrizione dell'evento.

Tuttavia, pur nel riguardare il problema sotto un profilo sempre spiccatamente dinamico-processuale, la Corte di legittimità ha finito per ripresentare sul versante della causalità della colpa (intesa nel suo secondo livello, come evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo diligente), nei reati commissivi *sub* 3), quegli stessi paradigmi argomentativi utilizzati dagli orientamenti 'probabilisti' prima della sentenza Franzese in tema di accertamento della causalità omissiva.

In altri termini si è suggestivamente detto che se si era per certi versi ripresentato lo stesso scenario che a parti invertite⁴¹⁴ aveva caratterizzato prima del 2002 la 'causalità basica' *ex* artt. 40 e 41 c.p., 'il sipario' veniva a riaprirsi per

⁴¹⁴ Si ripete il chiarimento già sopra enunciato: si dice "a parti invertite" in quanto prima della Franzese gli orientamenti 'probabilisti' si erano stagliati principalmente sull'orizzonte del reato omissivo improprio, sul presupposto che operandosi con decorsi ipotetici (non reali) mediante un ragionamento di carattere predittivo (contrapposto a quello esplicativo tipico del reato commissivo) non si potesse raggiungere alcuna certezza (in termini ancora statistico-nomologici) circa il grado di efficacia del comportamento alternativo lecito. Oggi invece, spostatosi l'orizzonte problematico dalla 'causalità basica' alla 'causalità della colpa', è proprio in seno al reato commissivo che si propugna l'idea di un accertamento meramente 'possibilista', risultando – per un beffardo sviluppo della scienza giuridica – invertiti i termini del problema.

il secondo atto proprio dove si era chiuso, non del tutto risolto dal grande protagonista (la stessa sentenza Franzese), il primo!

E' pertanto riemerso con 'prepotenza' il fondamentale problema della previa collocazione dogmatica della 'causalità della colpa' quale fondamento e giustificazione teorica delle flessioni probatorie raggiunte in sede di corroborazione processuale circa l'evitabilità dell'evento attraverso il comportamento alternativo lecito.

Si è così esplorato il panorama dottrinale italiano più recente, giungendosi al vero cuore della ricerca: l'individuazione di una sistemazione dogmatica della 'causalità della colpa' (nel suo secondo livello) che si riveli coerente, quanto alle conseguenti soluzioni dinamico-processuali, con le categorie classiche del diritto penale.

Si è infatti proceduto – per paradigmi, si intende – a porre a prova di torsione le opzioni dogmatiche che, sul versante epistemico, propugnano una differenziazione dello standard probatorio dell'evitabilità in relazione alla qualificazione delle fattispecie secondo la felice tripartizione di M. Donini: l'Illustre Autore, in particolare, padre della c.d. via italiana della *objektive Zurechung*, chiarendo il ruolo garantista del concetto di rischio nella propria ricostruzione e descrivendo la categoria dell'imputazione oggettiva quale 'braccio operativo' del principio di responsabilità per fatto proprio (ancor prima che per fatto proprio colpevole) giunge ad affermare la possibilità di un accertamento della causalità della colpa, nelle ipotesi *sub 3*), che si assesti sul criterio del 'più probabile che non'. La conclusione deriva, in estrema sintesi (non potendosi certo qui riproporre tutti i fili argomentativi disvelati nel corpo della ricerca), dal fatto che nelle ipotesi omissive (o ad esse assimilabili) la causalità della colpa si risolverebbe in realtà nella causalità 'basica', essendo quest'ultima, in forza dell'art. 40 cpv. c.p., di sapore prettamente normativo ed accedendo a protocolli di accertamento identici a quelli della causalità della colpa intesa come evitabilità: sarebbe in ambedue le ipotesi necessario domandarsi cosa sarebbe successo se ci fossero state *in rerum natura* quelle condizioni negative dell'evento che gravavano sull'agente, onerato dall'obbligo di fronteggiare un rischio promanante *aliunde*.

In tal caso, dunque, solo una prova certa dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito si porrebbe in armonia con i dettami della sentenza Franzese e offrirebbe una sufficiente garanzia per il rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio.

Non così, invece, per le fattispecie commissive a coefficiente colposo attivo, vale a dire per quelle ipotesi in cui sia stato l'agente ad introdurre nel dinamismo eziologico degli accadimenti un fattore di rischio attivo poi concretizzatosi materialmente nell'evento. In siffatte ipotesi – prosegue lo studioso – sarebbe sufficiente una 'causalità della colpa' provata con uno spessore probatorio meno rigoroso, giacché la congiunta presenza della violazione cautelare attiva, della concretizzazione del rischio e della derivazione causale materiale, risulterebbe già portatrice di una connessione materiale forte tra condotta ed evento, con la conseguenza che ci si potrebbe accontentare di una certezza minore sui nessi logico-normativi.

Ad opinare diversamente, si chiarisce poi, verrebbero a crearsi dei pericolosi vuoti di tutela in relazione all'incertezza scientifica di certe concatenazioni fenomenologiche le quali, *a fortiori* nell'incedere ipotetico del controfattuale, difficilmente riuscirebbero a raggiungere una prova certa, conseguendone una riduzione consistente dell'area applicativa dei reati colposi causalmente orientati.

Tale teorica se da un lato, mediante il paradigma del 'più probabile che non', certamente ha il merito di rifuggire e di prendere le distanze da quelle teoriche che, nel porsi sul filone ermeneutico dell'aumento del rischio, individuano standard probatori sufficienti - nell'accertare l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito - anche nelle sole 'scarse possibilità di successo' o 'mere *chance*' facendo ricorso all'argomento etico-sociale (la indiscussa priorità del bene vita), dall'altro sembra essere guidata più da ragioni empiriche e da saggezza applicativa che da profonde e radicate opzioni dogmatiche, finendo comunque per generare un'aporia sistematica: se l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento osservante la regola di diligenza rappresenta un ingrediente fondamentale dell'imputazione obiettiva, come è possibile che essa possa ritenersi provata mediante moduli processuali più blandi rispetto a tutti gli altri elementi

costitutivi del reato? Inoltre la soluzione propugnata, facendo comunque residuare un dubbio circa l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito, si porrebbe in contrasto – come è stato evidenziato – con il principio dell'*in dubio pro reo* e con la conseguente regola di giudizio.

Analoghe considerazioni critiche sono state *a fortiori* avanzate nei confronti delle teoriche che, pur collocando il tema dell'evitabilità nell'ambito della teoria della colpa, ritengono⁴¹⁵ che nell'accertare le potenzialità salvifiche del comportamento alternativo diligente siano sufficienti 'anche solo limitate possibilità di successo': se l'evitabilità è ingrediente imprescindibile della colpa, e la colpa è un elemento indefettibile della responsabilità penale, qualsiasi *deminutio* del rigore probatorio risulterebbe stridente con il principio *in dubio pro reo* e ridurrebbe eccessivamente la funzione tipizzante della connessione tra colpa ed evento nel *Tatbestand*.

Dinanzi a tale complesso ed articolato panorama dottrinale, conclusa la *pars destruens*, si è tentato di abbandonare la 'filosofia del martello' e, nel passare alla *pars constuens*, di proporre una collocazione dogmatica che (principiando dal filone tradizionale che inserisce il tema problematico nell'ambito della teoria della colpa) potesse rivelarsi maggiormente garantista, coerente con il sistema e rispondente al dato positivo attuale.

Si è visto dunque come tra gli elementi essenziali della colpa, la nozione di evitabilità dell'evento di reato (al fianco di quelle di violazione della regola cautelare, concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento)⁴¹⁶ costituirebbe

⁴¹⁵ In alcune ricostruzioni non solo nei casi *sub* 3) ma addirittura nei casi *sub* 1) e 2).

⁴¹⁶ Cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale*, cit., 624 e segg., ove viene chiaramente proposto il "criterio della *rappresentabilità* e della *prevenibilità*" nello statuto della colpa. Con riguardo alla diversificazione tra i concetti di 'prevedibilità' ed 'evitabilità' dell'evento, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., 270 e segg.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, cit., 125 e segg.; G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 659 e segg.; ID., *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1568; F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1279 ss.; D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 196 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., 537. In ambito civilistico, intorno al tema della colpa, si è già notato come la dottrina individui quattro radici e accezioni della colpa, tra le quali quella di <<dovere>>, <<per cui la colpa è definita la trasgressione di un *dovere di comportamento*, sicché si dice anche che la colpa è *omissione di diligenza dovuta*>>, ma anche quella di <<potere>>, <<per cui si dice in colpa chi

ancora elemento del fatto tipico (non essendo relegabile al piano della colpevolezza), in quanto <<la *negligenza* partecipa all'integrazione del *fatto tipico* [proprio] nella misura in cui l'adozione della norma cautelare disattesa avrebbe potuto evitare la verifica dell'evento [tipico] causato dalla condotta pericolosa>>⁴¹⁷.

Ne è disceso che la categoria della evitabilità farebbe parte *pleno iure* del *Tatbestand*, nella misura in cui essa lega dialetticamente la condotta *tipica* (in quanto inottemperante al precetto cautelare) all'evento *tipico* (in quanto tipizzato nella fattispecie incriminatrice e materialmente cagionato dalla condotta).

Tale connessione verrebbe ad essere possibile per il tramite di quelli che sono stati definiti “trasformatori di tipicità”: la causalità della colpa (quale evitabilità o prevenibilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito) e l'esigibilità (quale momento di attribuzione personale), inquadrabili rispettivamente come il segmento oggettivo e quello soggettivo dell'evitabilità all'interno del *Tatbestand*.

Se ne è concluso allora che il legame che tiene unito e fonda integralmente il *Tatbestand* andrebbe ricercato non tanto nella causazione materiale (che pur continua ad essere il primo anello di congiunzione) ma proprio nella causalità della colpa (nei termini anzidetti) perché è la condotta in quanto colposa (e non come semplice estrinsecazione materiale neutra) che deve imprimere un particolare segno nell'evento, il cui disvalore giuridico viene nutrito proprio dalla ‘colposità’ che ‘curva’ e qualifica il suo antecedente logico: la condotta.

Per comprendere a fondo l'opzione proposta si è allora proceduto ad una distinzione – coerente con la struttura metodologica prefittasi all'inizio del lavoro – tra il piano statico-dogmatico e quello dinamico-processuale dell'evitabilità, al fine di illuminare la stretta connessione del tema dell'evitabilità con quello del ruolo delle regole cautelari (proprie e improprie).

poteva evitare un certo evento e non lo ha fatto, sicché la colpa è in questo senso *omissione di diligenza possibile* o semplicemente di *comportamento possibile*>> (C. MAIORCA, voce *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 535.

⁴¹⁷ Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 384.

Sul presupposto dunque (dimostrato nelle trame argomentative della ricerca) che l'evitabilità, nella sua seconda dimensione dinamico-processuale, presenti la stessa struttura epistemologica della causalità *tout court* – accedendo conseguentemente allo stesso protocollo di accertamento processuale – se ne è dedotta la necessità che anche la prima vada sondata con i medesimi criteri e con la medesima prospettiva della seconda (*ex post* e su base totale) e se ne sono tratte le dovute conseguenze in relazione al rapporto tra evitabilità e regole cautelari.

Ciò ha permesso di dipanare le sovrapposizioni, sovente praticate sia in dottrina che in giurisprudenza, tra il piano della regola cautelare, come modello di conciliazione tra liceità dell'attività e suo coefficiente di rischio, ed il piano del giudizio di evitabilità, come modello di ascrizione dell'evento⁴¹⁸.

In altri termini se nella prospettiva *ex ante* il ruolo dell'evitabilità - che si è in questo caso definito per chiarezza espositiva *prevenibilità* (in connessione dialettica con il concetto di prevedibilità) - è quello di costituire il referente sul quale edificare la regola cautelare (con la conseguenza di ammettere per sua stessa natura una valutazione solamente probabilistica), laddove il giudizio di evitabilità sia calato nella sua dimensione dinamico-processuale (dunque *ex post*), come accertamento sull'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito nel caso concreto, allora il rigore probatorio richiesto nella valutazione non può che essere rigoroso e richiedere parametri di probabilità logica confinante con la certezza, esattamente come in tema di causalità materiale (della quale, come si è detto, condivide la struttura epistemologica).

Pertanto tenendo distinte, da un lato <<l'efficacia preventiva "astratta" della regola cautelare ed il giudizio di predittività posto a fondamento della dimensione soggettiva della colpa, i quali possono ontologicamente essere declinati in termini di mera probabilità [...] e - dall'altro - l'evitabilità concreta dell'evento tramite la condotta alternativa diligente, la quale presenta a tutti gli

⁴¹⁸ Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza*, cit., 385: <<la differenza sta nel fatto che nella prima ipotesi, essendo le valutazioni di rischio già implicite nella regola (assunta come modello di previsione e di trattamento del rischio), l'evitabilità dell'evento si verifica appurando l'esistenza della regola doverosa e il suo contenuto precettivo; nella seconda ipotesi, l'evitabilità è verificabile accertando se e come la violazione di quella regola [...] abbia inciso sulla verifica dell'evento>>.

effetti lo statuto epistemologico della causalità in senso stretto>>⁴¹⁹, si è messa in luce la vera valenza tipizzante dell'evitabilità (mediante il comportamento alternativo) quale 'ultimo tassello' dell'integrazione del *Tatbestand* colposo e la necessità di un accertamento di elevata probabilità logico-razionale confinante con la certezza anche sulla causalità della colpa (in questa specifica declinazione).

Si è dunque concluso che proprio in questa prospettiva dinamico-processuale si disvela tutta la portata euristica dell'evitabilità quale "trasformatore di tipicità": il giudizio *ex post* circa l'evitabilità dell'evento si volge a considerare la situazione concretamente verificatasi, essendo teso a stabilire se, ove osservato, il comportamento conforme alle regola di diligenza - *ex ante* valutata idonea a scongiurare eventi del tipo di quello verificatosi - avrebbe effettivamente impedito la produzione dell'evento lesivo o meno, poiché laddove non fosse possibile concludere in senso affermativo con sufficiente certezza non si potrebbe ritenere integrato completamente il *Tatbestand* colposo, venendo meno il disvalore d'evento.

Tale ricostruzione, dunque, permettendo di connettere - tramite la causalità della colpa - il disvalore espresso dalla condotta (qualificata nella sua cifra colposa) con l'evento sul quale si imprime la stessa venatura di disvalore, risulta pienamente rispondete a quella definizione della colpa emblematicamente divisata in chiave sintetica nell'art. 43 c.p., così da rendere l'ascrizione oggettiva autenticamente colposa.

Tuttavia, pur ritenendosi corretta, sulla base di una coerente ricostruzione del dato normativo, questa soluzione teorica, nel richiedere una prova oltre ogni ragionevole dubbio circa l'efficacia impeditiva dell'evento ad opera del comportamento alternativo lecito, lascia pur sempre un non trascurabile precipitato insoluto: è evidente che, nel deficit cognitivo generalizzato della post-modernità, la pur corretta pretesa di non sacrificare le garanzie sostanziali dell'imputato (artt. 25 e 27 Cost. in una profonda lettura corale) si scontra con

⁴¹⁹ *Ibidem*, 264. L'Autore, come sopra già evidenziato, descrivendo la struttura della regola cautelare nella dimensione *ex ante*, si concentra soprattutto sull'elemento della prevedibilità, la cui natura di momento soggettivo della colpa attrae anche l'evitabilità (valutata *ex ante*) con la quale, sinergicamente, individua sul piano oggettivo la regola cautelare che astrattamente risulta idonea a scongiurare l'evento.

l'impossibilità di formulare leggi statistiche attendibili e condivise nella comunità scientifica (basti pensare alla diatriba tutt'ora aperta tra la teoria della dosi correlate e la teoria della c.d. dose-killer in tema di esposizione dei lavoratori a fibre di amianto) in uno con l'indisponibilità di solide massime di esperienza cui ancorare i giudizi ipotetici controfattuali. Ne risulta che le stesse regole cautelari improprie, vera costante nella realtà attuale, difficilmente potranno accedere a dei risconti *ex post*⁴²⁰ vicini alla certezza, residuando pur sempre margini apprezzabili di dubbio. La conseguente esigenza di assoluzione – seguendo la teoria da ultimo proposta – dell'imputato che pur abbia immesso fattori di rischio attivi mediante una violazione cautelare e che pur abbia cagionato materialmente l'evento, lascerebbe infatti residuare un disvalore di condotta (anche molto grave) che rimarrebbe privo di sanzione penale.

Certo, come si è suggerito, esistono sistemi sanzionatori paralleli a quelli penalistici e forse maggiormente efficaci sotto il profilo della tutela e della prevenzione, perlomeno in certi settori: si pensi alla possibile strutturazione di sistemi interdittivi per l'ambito medico-chirurgico o per il settore delle esposizioni a sostanze cancerogene; direzione verso la quale probabilmente dovrebbe dirigersi il legislatore, sfatando il mito di un diritto penale ipertrofico e visto come la più risolutiva panacea di ogni male. Ed è pur vero che la salvaguardia di tali beni fondamentali (la vita, la salute e sempre più fortemente anche l'ambiente) dovrebbe conseguirsi senza il sacrificio di altrettanto fondamentali principi posti a presidio dell'edificio penale e che, in ultima analisi, finiscono pur sempre con il tutelare l'uomo (i principi di responsabilità autenticamente personale, il principio di legalità, il principio di colpevolezza, il principio di materialità). Ma è evidente che, al cospetto di un legislatore caratterizzato e 'paralizzato', tanto quanto la società che dovrebbe indirizzare e tutelare, da quel paradosso di incertezza ben espresso da Ulrich Beck, si rende necessario per l'interprete individuare negli strumenti penalistici delle soluzioni che rinverano il difficile punto di equilibrio tra queste contrapposte esigenze.

⁴²⁰ Non certo *ex ante* ove il discorso sarebbe tautologico parlandosi, per l'appunto, di regole cautelari improprie, per definizione volte a ridurre i rischi e non ad azzerarli.

Non si è infatti mancato di sottolineare come la proposta di Massimo Donini, nel differenziare lo standard probatorio in relazione alle diverse qualificazioni di condotta, rappresenti una soluzione di encomiabile equilibrio sotto il profilo prasseologico, permettendo di restringere al minimo i vuoti di tutela e nel contempo di conservare il più possibile la tenuta dei principi penalistici di base.

Eppure anche tale autorevole soluzione non consente - ci si permette di notare - di offrire una solida ragione dogmatica alla flessione di un rigore probatorio che dopo la sentenza Franzese non dovrebbe tollerare diversificazione alcuna tra azione ed omissione, nemmeno laddove l'oggetto da indagare sia la causalità della colpa e non già la causalità *stricto sensu* intesa, giacché entrambe, come più volte precisato, nella loro vicinanza concettuale, presentano la medesima struttura epistemologica.

Ecco allora che si è deciso di condurre l'ultimo snodo problematico della ricerca sulla scia di una recente ricostruzione proposta da G. Caruso, il quale sviluppando gli studi condotti da M. Ronco in tema di offensività, ha proposto di ricollocare il tema dell'evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito nella più ampia cornice della dimensione ermeneutica del principio di offensività.

Se infatti ci si accosta a tale fondamentale principio movendo dalla constatazione che «quando la condotta considerata ex post in tutta la sua distensione spazio/temporale, non è in alcun modo correlabile con la messa in pericolo del bene giuridico, è evidente che non è ragionevole imputare il fatto al soggetto, a prescindere dall'eventuale nesso di *contingente* necessarietà tra condotta ed evento, e a prescindere anche dall'elemento soggettivo (dolo o colpa) dell'agente»⁴²¹, allora lo stesso è in grado di fornire una chiave di lettura dogmatica, molto profonda, che permette di render ragione alle flessioni di rigore probatorio nei casi *sub 3*).

⁴²¹ M RONCO, *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2007, 824; si veda anche ID., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979: «sarebbe contrario ai principi che reggono la responsabilità penale e che non ammettono salti logici nella valutazione della condotta umana, ammettere la punibilità di una condotta, solo perché seguita da un evento naturalistico, quando la stessa, considerata isolatamente rispetto all'evento, non sarebbe tipica agli effetti della norma sul tentativo».

Ripercorrendo su questo abbrivio (in termini che non possono essere qui riproposti in tutti gli stingenti passaggi logici) il tema del bene giuridico, delle connotazioni qualitative della condotta e dei profili più profondi e fondanti della colpa penale, si è visto come quest'ultima si caratterizzi per quello che, con espressione lumeggiata dalla filosofia hegeliana, può essere definitivo 'il non darsi del soggetto all'oggetto (inteso quale bene giuridico)', come una disordinazione dell'agire rispetto al fine che implica una cifra dis-valoriale ed offensiva nel dispiegarsi della condotta in modo indifferente rispetto alla relazione fondate il bene giuridico.

Su questa base, dunque, già il dispiegarsi della condotta colposa, prima ed a prescindere dalla realizzazione dell'evento, esprime una cifra offensiva, suscettibile di essere graduata in relazione alla progressione con la quale viene ad esistenza la condotta nella realtà: nel reato omissivo (o in quelli ad esso assimilabili), non provenendo dal soggetto gravato dall'obbligo di impedire l'evento il dinamismo eziologico reale, non è possibile riscontrare ancora quell'impronta offensiva poiché il soggetto non si è ancora proteso in modo psichicamente attivo verso la lesione del bene giuridico, cosicché ogni flessione probatoria sull'efficienza causale della colpa si rivelerebbe una e vera e propria 'decapitazione' del giudizio di offensività sulla sua inerzia; nel reato commissivo a componente colposa attiva, invece, il soggetto avrebbe già integralmente speso il disvalore personale dell'illecito ed espresso una prima cifra offensiva nei confronti del bene relazionale mediante la violazione cautelare e la materiale causazione dell'evento, cosicché l'offensività assumerebbe due distinte 'vesti', o per dirla con le parole di G. Caruso, due distinte 'tonalità': un'offensività attiva, espressa sul piano della violazione cautelare, della materiale causazione dell'evento e della sua concretizzazione nello specifico scopo di tutela della norma, conseguendone la necessità di una prova oltre ragionevole dubbio a carico dell'accusa su tali aspetti; e una 'inoffensività negativa', quale momento - non aggiuntivo ma per l'appunto - negativo di ogni condotta tipica, espressivo dell'insussistenza, nella dimensione concreta, di note che erodano <<il significato

di contrarietà all'esigenza di rispetto che promana dal bene giuridico>>⁴²². Tale graduazione su livelli della dimensione ermeneutica dell'offensività si traduce nella possibilità di richiedere, in sede processuale, un accertamento meno rigoroso da parte dell'accusa circa l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito, divenendo per contro onere della difesa la dimostrazione in termini positivi, con elevata probabilità-logica confinante con la certezza, della sussistenza di quelle note negative che privano il fatto della sua effettiva significatività offensiva per il bene relazionale, lueggiando la dicotomia tra l'apparente sussistenza astratta e la reale non compiuta integrazione del *Tatbestand*.

Questa ricostruzione, a ben vedere, giunge a soluzioni pratico-applicative non dissimili da quelle proposte dalla dottrina di Donini, ma radica la ragion d'essere di tali soluzioni su di una base che appare dogmaticamente e filosoficamente più fondata, aprendo un orizzonte di riflessione che trascende le stesse dimensioni del problema indagato con questa ricerca.

Se infatti al fondo di questa proposta si pone la convinzione che sia l'atto umano, in prima battuta, a doversi accertare come tipico e 'non inoffensivo' - per poter, solo poi, una volta verificato che l'evento porti impresse le 'stigmati' di tale 'tipicità-offensività', passare ad accertare se il fatto nel suo complesso risulti oggettivamente tipico ed offensivo - è allora l'agire umano che viene posto sotto la luce dei riflettori.

In tal modo la ricerca sin qui condotta, più che rappresentare un definitivo punto di approdo, dischiude un nuovo ed ulteriore orizzonte di riflessione, volgendo lo sguardo 'in avanti' ed innestando questo lavoro nella sempre dinamica evoluzione della scienza giuridica, sospinta dall'insaziabile bisogno di conoscenza che alimenta la curiosità dello studioso.

Tale particolare accostamento al tema, del resto, disvela una 'sotterranea' e latente tensione verso un approccio diverso alla stessa teoria del reato, che alla sua base ponga ancor prima un diverso approccio alla teoria dell'azione.

⁴²² M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, cit. 108.

Si è visto nel Capitolo II, indulgiando sull'omissione, come siano proprio le ramificazioni superiori dell'azione a connotarla propriamente nelle sue venature di valore o di disvalore, consegnando solo esse il reale significato umano di un'esternazione di volontà. E se il mondo giuridico si deve occupare di valutare le condotte umane per come si proiettano, in tutta la loro complessità, nell'evento, esso non può limitarsi ad indagare un mero dato fisico-naturalistico, divenendo altrimenti indistinguibile proprio ciò che il diritto deve discernere, depauperando l'atto umano di ciò che lo caratterizza come tale.

Se si riescono, dunque, a comprendere e a recuperare le reali corde descrittive dell'azione umana, ecco che immediatamente la tradizionale visione atomistica, 'polverizzata', del fatto di reato si rivela insoddisfacente e sospinge verso una (certo lo si riconosce) ardita rivisitazione, compatta ed unitaria, dello stesso concetto di reato che ponendo al centro del palco il disvalore dell'atto umano, inteso come un *continuum* nel suo dispiegarsi spazio-temporale, possa illuminare e qualificare come offensivo anche l'evento e, in definitiva, il fatto nel suo complesso.

In questo diverso orizzonte - dischiuso dallo sviluppo finale della ricerca come tema degno di più profonda riflessione - le parole di Francesco Carrara con cui si è aperto questo lavoro - <<col sol mostrare che alcuno morì non si mostra ancora che fu ucciso>> - possono trovare un senso profondo e inaspettatamente attuale, nel far emergere, indipendentemente dai modi tramite i quali il dato positivo tenti di ingabbiarla tra le chiuse di un sistema linguistico dominabile, una realtà umana che - nel Codice Zanardelli o nel Codice Rocco - rimane sempre uguale a sé stessa.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Nesso di causalità tra dettato normativo, prassi giurisprudenziale e prospettive di riforma*, (a cura della Camera Penale di Padova Francesco di castello), Padova, 2 dicembre 2006.

ALIMENA F., *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947.

ALTAVILLA E., *La colpa. Parte prima. La colpa aquiliana. Parte seconda, La colpa penale*, Torino, 1957.

AMARA G., *Fra condotta attiva ed omissiva: nuovi criteri distintivi e reali conseguenze sul piano dell'imputazione dell'evento*, in *Cass. Pen.* 2007, 7-8, 2805 e ss.

AMBROSETTI E. M. – COCCO G., *Manuale di diritto Penale. Parte Speciale. I reati contro la persona*, Padova, 2010.

ANGELINI G., *Diritto e morale, La tradizione, la teoria e i problemi presenti*, in AA. VV., *Diritto, morale e consenso sociale*, CAPRIOLI A. e VACCARO L. (a cura di), Brescia, 1989.

ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1279 e ss.

ANTOLISEI F., *Il rapporto di causalità in diritto penale*, Padova, 1934, rist. 1960

ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento del reato*, Milano, 1928.

ANTOLISEI F., *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 121 e ss.

- ANTOLISEI F., *La disputa sull'evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 3 e ss.
- ANTOLISEI F., *L'azione e l'evento nel reato*, Soc. An. Istituto editoriale scientifico, 1928.
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. (XV) aggiornata ed integrata da L. CONTI, Milano, 1997.
- ANTOLISEI F., *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1937, ripub. In ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955.
- ATTILI V., *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240 e ss.
- BARNI M., *La causalità nella consulenza medico-legale dalla adeguatezza alla certezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 3;
- BARTOLI R., *Il problema della causalità penale. Dai modelli differenziati al modello differenziato*, Torino, 2010
- BAUMANN Z., *Paura liquida*, 2006, trad. it., Roma-Bari, 2007.
- BECK U., *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, trad. (C. Sandrelli), Roma, 2008.
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2007.
- BENCIOLINI P., *Giudice e perito dinanzi ai problemi di valutazione nell'ipotesi di responsabilità per omissione di accertamenti medici dovuti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 651;
- BEROLZHEIMER F., *System Der Rechts- Und Wirtschaftsphilosophie*, V Band, *Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform*, München, 1907.
- BETTIOL G., *Diritto Penale, Parte Generale*, Padova, 1982.

BETTIOL G., *Sul metodo della considerazione unitaria del reato*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1938.

BETTIOL G., *Sul reato proprio*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Padova, 1966, 400 e ss.

BLAIOTTA R., *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 2003, 1176 ss.

BLAIOTTA R., *La causalità giuridica*, Torino, 2010, 331 ss. e 405 ss.;

BLAIOTTA R., *Sulla causalità nell'ambito della professione medica: una pronuncia di legittimità contro tendenza*, in *Cass. pen.*, 2001, 129 ss

BOIDO A., *Le posizioni di garanzia*, in *Commentario sistematico al codice penale*, M. RONCO (a cura di), Bologna, 2011, 287 e ss.

BONUCCI A., *L'omissione nel sistema giuridico*, Perugia, 1911.

BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, Vol. XIV, Torino, 1873, ora in *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo I, Milano, 1997, 731 e ss.

BRUSA E., *Dottrina generale del reato*, Torino, 1884.

BRUSCO C., *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012.

BRUSCO C., *La causalità giuridica nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 2599 ss.;

BUNGE M., *La causalità. Il posto del principio causale nella scienza moderna*, trad. it., Torino, 1970, 144 e ss.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, I, *Profili introduttivi e politico-criminali*, Padova, 1988.

CADOPPI A., *Il reato omissivo proprio*, II, *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988.

CANCELLI F., voce *Diligenza (dir. romano)*, in *Enc. dit.*, XII, Varese, 1964, 517 e ss.

CANZIO G., *L'oltre ogni ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 303 e ss.

CANZIO G., *La causalità tra diritto e processo: un'introduzione*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1971 e ss.

CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1993 e ss.

CARACCIOLI I., voce *Omissione (diritto penale)*, in *Noviss. Dig. Disc. Pen.*, XI, 1957, Torino, 895 e ss.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1952, 227

CARRACCIOLI I., voce <<evento>>, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, 1 e ss.

CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, Firenze, 1910.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, I, Firenze, 1902.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Vol. IV, Firenze, 1904.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, 1886, § 60 - rist. Bologna 1993.

CARUSO G., *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante oggettivo del reato*, Padova, 2013

CARUSO G., *Ignoranza ed errore su legge penale*, in M. RONCO (a cura di) *Commentario cit.*, 775 e ss.

CARUSO G., *La discrezionalità penale. Tra <<tipicità classificatoria>> e <<tipologia ordinale>>*, Padova, 2009.

CARUSO G., voce *Ambiente (riforma dell')*, in *Dig. Pen.*, Torino, 2016, passim.

CASTALDO A. R., *Linee politico-criminali ed imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 889 e ss.

CASTALDO A.R., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, 93 ss.;

CASTALDO A.R., *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 1096 e ss.

CASTONOV D., *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, II, 495 e ss..

CASTRONUOVO D., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1594 e ss.;

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009

CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, 2012.

CECCHI O., *Il delitto colposo*, Santa Maria Capua Vetere, 1950.

CECCHI O., *Per una nuova teoria sulla colpa*, in *Riv. pen.*, 1940.

CENTONZE F., *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 201, 289 e ss.

CENTONZE F., *Il nuovo corso della giurisprudenza di Cassazione sulla spiegazione causale: la necessità del ricorso a leggi universali o statistiche con coefficiente percentualistico vicino a cento, il ruolo del giudice e del consulente medico legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 589.

CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo del*

diritto penale, Milano, 2004, *passim*.

CENTONZE F., *Scienza “spazzatura” e scienza “corrotta” nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici del processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1232 ss.

CIVELLO G., *La <<colpa eventuale>> nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e <<verità soggettiva>> della colpa*, Padova, 2013.

COCO G. S., *Causalità omissiva e responsabilità sanitaria colposa*, in *Giust. pen.*, 2003, II, 371 ss.

COPPI F., *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004.

CORNACCHIA L., *Sulla dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento*, (trad. da HIRSCH H. J., *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *FS für Theodor Lenckner zum 70 Geburtstag*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999.

D'ALESSANDRO F., *La certezza del nesso causale: la lezione ‘antica’ di Carrara e la lezione ‘moderna’ della Corte di Cassazione sull’‘oltre ogni ragionevole dubbio’*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 743 ss

DE FRANCESCO G., *L'imputazione della responsabilità penale in campo medico-chirurgico: un breve sguardo d'insieme*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 969 e ss.

DE MARSICO, *Colpa per inosservanza e reato aberrante*, in ID., *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, 1051, 157 e ss.

DELITALA G., *Il fatto e la teoria generale del reato*, Padova, 1930

DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.

DI GIOVINE O., *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2002, II, 608 ss.

DI GIOVINE O., *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 661 ss.;

DI MARTINO A., *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 50 ss.

DOLCINI E., *L'imputazione dell'evento aggravante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 779 e ss.

DONINI M., *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, n. 7/8, 2010, 2579 ss

DONINI M., *Il garantismo della conditio sine qua non ed il prezzo del suo abbandono*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 494 e ss..

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

DONINI M., *Imputazione oggettiva dell'evento. <<Nesso di rischio>> e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 31 e ss.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 588 e ss.

DONINI M., *Lettura sistematica delle teorie della imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 588 e ss.

DONINI M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, 27 e ss.;

DONINI M., voce <<Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)>>, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2010;

DONINI M., voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (diritto penale), n *Enc. Dir.*, *Annali*, III, Milano, 635 e ss.

ENGLISH K., *Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände*, Tübingen, 1931.

EUSEBI L., *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1053 e ss.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2004.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, V, 2007.

FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto Penale, Parte Generale*, Bologna, VII, 2014.

FIANDACA G., *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1988, 199 e ss.

FIANDACA G., *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 1598.

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FIANDACA G., *Riflessioni problematiche tra causalità ed imputazione oggettiva*, in *Ind. Pen.*, 006, 945 e ss.

FIANDACA G., voce <<*Omissione (diritto penale)*>> in *Dig. Pen.*, VIII, Torino, 1994, 546 e ss.

FIANDACA G., voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1988, 123 e ss.

FINESCHI V., *Responsabilità medica per omissione: malintesi e dubbi in tema di nesso di causalità naturale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002.

FIGLIO C. – FIGLIO S., *Diritto Penale, Vol. I*, Torino, 2006.

FIGURELLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale d'impresa*, Firenze, 1985.

FIORI A. - LA MONACA G. - ALBERTACCI G., *Le Sezioni Unite Penali della Cassazione riaffermano l'esigenza di elevata probabilità logica del nesso causale nelle condotte mediche omissive: ma nel contempo confermano, pur dichiarando prescritto il reato, la responsabilità del medico in un caso di colpa e nesso causale poco probabili*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1614 ss.;

FIORI A. - LA MONACA G., *Una svolta della Cassazione penale: il nesso di causalità materiale nelle condotte mediche omissive deve essere accertato con probabilità vicina alla certezza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 818.

FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

FORTI G., *La descrizione dell'«evento prevedibile» nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1559 e ss.

FRISCH W., *Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs*, in *Fest. fur C. Roxin*, Berlin-New York, 2001;

FRISCH W., *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.

FUSELLI S., *Ragionamento giudiziale e sillogismo. Appunti a margine di Aristotele e Hume*, in *Retorica, Processo, Verità*, F. CAVALLA (a cura di), Padova, 2005

GALIANI T., *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Napoli, 1980.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Vol. II, *Il reato*, Parte I, *La fattispecie oggettiva*, Torino, 2000.

GALLO M., *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, 1963 (rist. 1984).

GALLO M., *La legittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p., e un problema di efficacia delle pronunce di rigetto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, 460.

GALLO M., *La teoria dell'«azione finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950, rist. 1967;

GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1960.

GALLO M., voce «*Colpa penale*» (dir. vigente), in *Enc. Dir.*, Vol. VII, Milano, 1960, 624 e ss.

GALLO M., voce «*Dolo*», in *Enc. Dir.*, Vol. XIII, Milano, 1960, 753 e ss.

GIUNTA F., *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, X, 1295 e ss.

GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1097.

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993.

GIUNTA F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 86 e ss.

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 629.

GIZZI L., *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2005, 4107-4138;

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Milano, 1947.

GRISPIGNI F., *Il nesso causale nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 3 e ss.

GRISPIGNI F., *L'omissione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1934, 16 e ss.

GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, 207 ss.;

HALL K. A., *Fahrlässigkeit im Vorsatz*, Marburg, 1959.

HASSEMMER K. W. , *Produktivtaterang in modern Strafrecht*, Frankfurt a Main, 1994.

HEGEL G. W. F., *Lineamenti di filosofia del Diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, trad. it., Milano, 2006.

HEGEL G.W.F., *System der Philosophie*, (cd. 'Große Enzyklopädie'), *Hegel=Lexikon*, GLOCKNER H. (a cura di), Stuttgart, 1935, I.

HEIDDEGER, *Sein und Zeit*, 1927, Helle, ed. 1967.

HEISEMBERG W., *The Physical Principles of the Quantum Theory*, Chicago, 1930, trad. it., Torino 1963.

HILGENDORF E., *Strafprozessuale Probleme im Licht der modernen Kausallehre am Beispiel der jüngsten Produkthaftungsfälle*, in *Lenckner FS*, München, 1998, 699 ss.

HIRSCH H. J., *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, in *FS für Theodor Lenckner zum 70 Geburtstag*, München, 1998, trad. it. 1999 a cura di L. CORNACCHIA.

HONIG R., *Kausalität und objektive Zurechnung*, in *Franck Festgabe*, Tübingen 1930, 182.

HOYER A., *Die traditionelle Strafrechtsdogmatik vor neuen Herausforderungen: Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung*, in *GA*, 1996, 160 ss.;

IADECOLA G., *In tema di causalità e di 'causalità medica'*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 525 ss.;

IADECOLA G., *In tema di verifica della causalità omissiva nell'attività medico-chirurgica in recenti interventi della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 174 ss

IMPALLOMENI G. B., *L'omicidio nel diritto penale*, Torino, 1900.

JONAS H., *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, 1979, Frankfurt a Main, trad. it., Torino, 1993.

KAUFMANN ART., *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, in *Fest. E. Schmidt*, 1961.

KAUFMANN ART., *Kritisches zur Risikoerhöhung als objectives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe*, in *Fest. R. Honig*, 270 e ss.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1934, rist. 2000.

KHUN T., *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Chicago, 1962, trad. it., Torino, 1984

KORIAT H., *Kausalitat und objektive Zurechnung*, Baden-Baden, 2007.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia, e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

LICCI G., *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011.

LICCI G., *Modelli nel diritto penale. Filogenesi del linguaggio penalistico*, Torino, 2006.

- LICCI G., *Reato putativo e reato impossibile*, in M. RONCO (a cura di) *Commentario sistematico al codice penale*, Bologna, 2011, 859 e ss.
- LICCI G., *Teorie causali e rapporto di imputazione*, Napoli, 1996.
- LONGOBARDO C., *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011.
- LUDEN H., *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, II, 1840, 250 e ss.
- LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, 1991, trad. it., Milano, 1996.
- MAGRO M.B., *Orientamenti giurisprudenziali sul nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 1991, 336 ss.
- MAIORCA C., voce *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 535.
- MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, ed. 1986.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.
- MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, 307 e ss.
- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, 138 ss.;
- MANTOVANI M., *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977.
- MANTOVANI T., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 342 ss. .
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, ed. II, 1920.
- MARINI G., voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. VI, Roma, 1988, 5 e ss.

- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Corso di diritto penale*, I, Milano, 2001.
- MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2002.
- MARINUCCI G., *Il reato come <<azione>>. Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MARINUCCI G., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 e ss.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARINUCCI G., *Non c'è dolo senza colpa, Morte della <<imputazione oggettiva dell'evento>> e sua trasfigurazione nella colpevolezza?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 3 e ss.
- MASERA L., *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 500.
- MASSA T., *Le Sezioni unite davanti a 'nuvole ed orologi': osservazioni sparse sul principio di causalità*, in *Cass. pen.*, 2002, 3661.
- MASSARI E., *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923, rist. 1934.
- MASSARO A., *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. Pen.*, 2009, 12, 4699 e ss.
- MASSARO A., *La colpa nei reati omissivi impropri*, Roma, 2008.
- MEREU I. (*Culpa=colpevolezza, Introduzione alla polemica sulla colpevolezza fra i giuristi del diritto comune*, Bologna, 1972.
- MILITELLO V., *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 411 e ss.
- MILL, J. S. *Saggio sulla libertà. Le origini del liberalismo contemporaneo*, trad. di S. Magistretti, Milano, 2002.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MORSELLI E., *Condotta ed evento nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1081 e ss.

MORSELLI E., *Note critiche sulla teoria dell'imputazione oggettiva*, in *Ind. Pen.*, 2000, 10 e ss.

NAPPI A., *Condotta omissiva e colpa per omissione*, in *Cass. pen.*, 2004, 4308

NEPPI MODONA G., voce *Reato impossibile*, in *Dig. Pen.*, Vol. XI, Torino, 1996, 259 e ss.

NOBILI M., *Nuove polemiche sulle cosiddette <<massime di esperienza>>*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 123

NORELLI G.A. - FINESCHI V., *Il medico legale e la valutazione dei temi e dei problemi della modernità: spunti dottrinali per una metodologia operativa condivisa*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 263;

NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale*, Palermo, 1972.

NUVOLONE P., *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942.

NUVOLONE P., *L'omissione nel diritto penale italiano. Considerazioni generali introduttive*, in *Ind. Pen.*, 1982, 433 e ss.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2008.

PAGLIARO A., *Causalità e diritto penale*, in *Cass. Pen.* 2005, 1037 e ss.

PAGLIARO A., *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, GROSSO – PADOVANI – PAGLIARO (a cura di), Milano, 2007.

PAGLIARO A., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 779 e ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 2003.

PALAVERA R., *Riflessioni in tema di causalità*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1692 ss.;

PALAVERA R., *Verso una "costruzione giuridica della scienza": riflessi dell'oltre il ragionevole dubbio e della recente giurisprudenza di Cassazione sulle decisioni dei Tribunali di merito*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1283 ss.;

PALAZZO F. - PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013.

PALIERO C.E., *La causalità dell'omissione* in *Riv. med. leg.*, 1992, 847 e ss.

PALIERO C.E., *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale al cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, a cura di L. STORTONI – L. FOFFANI (a cura di), 239 ss.

PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2008.

PETTOELLO MANTOVANI L., *Il concetto di ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954.

PIEMONTESE C., *Responsabilità penale del medico e giudizio sul nesso causale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 311. ss.

PIERGALLINI C., *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, IV, 1447 e ss.

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.

PIERGALLINI C., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, III.

PIOLETTI U., *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990.

POPPER K., *Logik der Forschung*, 1934

POPPER K., *Objektive Knowledge. An evolutionary Approach*, Oxford, 1972, (trad. it. *La conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, 1975, 266 e ss

RADBRUCH G., *Aussetzung*, in BIRKMEYER K. et al. (a cura di), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Besonderer Teil*, V, Berlin, 1905, 281 e ss.

RADBRUCH G., *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, rist. 1967

RAMPONI L., *Introduzione*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale*, vol. IV, *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2010.

REICHLIN M., *L'etica e la buona morte*, Torino, 2002.

ROCCO A., *L'oggetto giuridico del reato e la tutela giuridica penale. Contributo alla teoria generale del reato e della pena*, Torino, 1913.

RODOTÀ S., *La via e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006.

ROLINSKI K., *Statistische Kausalität im Strafrecht?*, in *Miyazawa FS*, Baden-Baden, 1995, 483 ss. Nella letteratura italiana, per tutti,

ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, Vol. I, Milano, 2004

RONCO M., *Descrizioni penali dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, 471 e ss.

RONCO M., *Gli elementi soggettivi del fatto tipico. La colpa in particolare*, in ID. *Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2011, 603 e ss.

RONCO M., *Il Reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, in *Commentario sistematico al Codice Penale*, Bologna, 2011.

RONCO M., *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 820 e ss.

RONCO M., *L'imputazione del torto penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010.

RONCO M., *La colpa in particolare*, in ID. (a cura di) *Commentario sistematico al Codice Penale, Il Reato. Struttura del fatto tipico. Presupposti oggettivi e soggettivi dell'imputazione penale*, Bologna, 2007.

RONCO M., *La dimensione oggettiva del fatto tipico: il nesso causale tra condotta ed evento* in *Il Reato, Commentario sistematico al codice penale*, M. RONCO (a cura di), 2, Bologna, 2011, 177 e ss.

RONCO M., *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. Pen.*, 2004, 815 e ss.

RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I, Milano, 2006, 649 e ss.

RONCO M., *Principio di legalità*, in ID., (a cura di) *Commentario sistematico al Codice Penale*, Vol. I, Bologna, 2011.

RONCO. M., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

RONCO. M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.

ROXIN C., *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica*, in *Studi Delitala*, III, Milano, 1984, 2087 e ss

ROXIN C., *La problematica dell'imputazione obiettiva*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, S. MOCCIA (a cura e trad. di), Napoli, 1998.

ROXIN C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, in *ZStW*, 1962, LXXIV.

ROXIN C., *Strafrecht, A. T.*, München, 1997.

RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1743.

S. TOMMASO D'AQUINO, *Quaestiones disputatae de malo*.

S. TOMMASO D'AQUINO, *Somma Teologica*, II, Bologna, Ed. 1996, *Prima secundae e secunda Secundae*.

SANTAMARIA D., *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

SILVA SANCHEZ J. M., *La expansion del derecho penal. Aspectos de la politica criminal en la sociedades postindustriales*, 2001, trad. it., Milano, 2004.

SILVA SANCHEZ J. M., *Sfide scientifiche e sfide politiche della scienza nel diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale al cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, 2004, a cura di L. STORTONI – L. FOFFANI (a cura di).

SPASARI M., *L'omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957.

STELLA F., *Etica e razionalità nel processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 202, 767 ss.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, 159 ss.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, ed. 2003.

STELLA F., *La descrizione dell'evento. I. L'offesa. Il nesso causale*, Milano, 1970.

STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 e ss.

STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, Milano, 1975, rist. 2000

STELLA F., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1215 ss.

SUMMERER K., *Premesse per uno studio su causalità e imputazione: il rapporto tra causalità scientifica e formula della conditio sine qua non*, in *Ind. Pen.*, 2011, 69 e 70.

TARUFFO M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.

TONINI P., *Prova scientifica e contraddittorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1459 e ss.

TRAPASSO M.T., *Imputazione oggettiva e colpa tra "azione" ed "omissione": dalla struttura all'accertamento*, in *Ind. Pen.*, 2003, 1235 e ss.

TRIMARCHI P., *Causalità e danno*, Milano, 1967.

TURILAZZI E., *Causalità omissiva, leggi di copertura e giudizio medico legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 444 ss.;

VASSALLI G., *Considerazioni sul principio di offensività*, in AA. VV., *Studi in onore di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 670.

VENEZIANI P., *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito* in *Cass. Pen.*, 2013, II, 1224.

VENEZIANI P., *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Vol. II, Milano, 2006, 1969 ss.

VENEZIANI P., *Regole cautelari “proprie” e “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003

VENEZIANI P., *Regole cautelari proprie e improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.

VERRICO A., *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, in *Dir. pen. proc.* 2011, 13441 e ss.

VIGANÒ F., in Aa.Vv., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza ‘Franzese’*. Atti del Convegno di studio del 28 novembre 2012, Tropea, 2013.

VIGANÒ F., *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. del merito*, 2006, 962;

VIGANÒ F., *Riflessioni sulla c.d. ‘causalità omissiva’ in materia di responsabilità medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1679 ss.

VINCIGUERRA S., *Appunti sull’inoffensività: la tenuità dell’offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo novecento*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2077 e ss.

VON HIPPEL R., *Manuale di diritto penale*, trad. it. VOZZI R., Napoli, 1936.

WEBER M., *Il metodo delle scienze sociali*, Tübingen, 1922, trad. it. Torino, 2003.

WELZEL H., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1940.

La causalità della colpa. Evitabilità e comportamento alternativo lecito nelle fattispecie colpose causalmente orientate

ZANCHETTI M., *Fra l'incudine e il martello: la responsabilità penale dello psichiatra per il suicidio del paziente in una recente pronuncia della Cassazione* in Cass. Pen. 2004, 1854 e ss.

ZANGANI P., *Orientamenti medico legali in tema di condotta omissiva*, in *Giust. pen.*, 2002, I, 157.

Ringraziamenti

Con queste poche, ultime, parole è mio desiderio ringraziare coloro che hanno contribuito, in diversa misura e sotto diversi punti di vista, alla stesura di questo lavoro.

In primis desidero ringraziare il Prof. Mauro Ronco per tutto ciò che la sua guida ed il suo esempio mi hanno trasmesso, alimentando in un giovane dottorando la passione per il Diritto Penale. Negli anni di collaborazione con la sua cattedra patavina ho avuto il privilegio di conoscere un Maestro, un esempio, oltre che di eccellenza penalistica, di correttezza, di cultura e di umanità verso il quale tendere.

Ringrazio anche il Prof. Giovanni Caruso, al quale questi anni di intensa collaborazione mi hanno legato, per avermi incoraggiato negli studi ed avermi offerto la possibilità di un confronto continuo sui temi della ricerca.

Un ringraziamento va anche all'Avv. Gabriele Civello il quale si è sempre reso disponibile al dialogo, offrendomi preziosi consigli ed usandomi sempre parole di incoraggiamento.

Un ringraziamento va rivolto anche nei confronti degli amici di questo dottorato ed in specie a Marco Falcon e a Tommaso Pace, con i quali ho sempre condiviso, fin da quando intraprendemmo gli studi di legge, la passione per il diritto (penale io, romano e civile loro).

Un grazie particolare va inoltre al Dott. Giorgio Mazzucato, l'amico Giorgio, con il quale molte sere, dopo la chiusura dello Studio, mi sono attardato a discutere - ed invero a confrontami da prospettive per certi versi opposte - sul tema della ricerca, ma con il quale, soprattutto, ho condiviso momenti e valori importanti.

Rivolgo un grazie anche all'Avv. Gregorio Cavalla - mio dominus al tempo della pratica forense e da me considerato tutt'ora una guida nella professione oltre che un caro amico - per aver sempre rispettato l'impegno ed i tempi di questo lavoro di ricerca, dimostrandomi incoraggiamento e comprensione.

Ed ancora un grazie davvero sentito è rivolto al Prof. Francesco Cavalla, studioso ed ancor prima uomo eccezionale, il quale mi diede un'opportunità quando ne ebbi davvero bisogno.

Difficile è, ora, esprimere a parole la gratitudine che nutro nei confronti della mia Famiglia, in specie dei miei genitori, insostituibili fari in una vita non sempre

semplice. A loro il merito di esserci sempre stati con tutto ciò che potevano, di avermi incoraggiato e di avermi spinto ad inseguire i miei sogni, anche quando sembrava che il “fato” li rendesse inafferrabili.

Infine desidero concludere come ho iniziato, rivolgendo il mio pensiero e la mia gratitudine a Giulia, alla mia Giulia, per essere stata al mio fianco in questo percorso, in questa scelta di vita, per aver creduto in me, per avermi regalato un sorriso di autentica felicità nei momenti di difficoltà, per essere stata un soffio d'aria fresca nella mia vita e, in fondo, per aver rappresentato, con il suo amore, la ragione di ogni cosa.