

La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani



Anno 2025

N° 1-1

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Paterra, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislazionepenale.eu) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.



I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

SOMMARIO

M. Botto, Il DNA da “prova regina” a “testimone biologico”? I controversi effetti delle nuove frontiere dell’analisi genetico-forense sulla <i>governance of crime</i> *	3
C. Cantisani, Il reato complesso come forma di tipicità unitaria originaria.....	35
D. Castronuovo, Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa.....	63
C. Cataneo, L’indulto: una soluzione emergenziale per far fronte ad una perenne emergenza	91
F. Cecconi, Colpevole d’obbedienza. L’ordine del superiore nel sistema di giustizia penale internazionale	94
G. Ardizzone, Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un’analisi del d.lgs. 14 giugno 2024 n. 87.....	106
A. Costantini, Il “soccorso di necessità” delle regioni in materia di morte medicalmente assistita. I confini “penalistici” di un intervento costituzionalmente ammissibile	150
A. Cruciani, Per una visione olistica della relazione tra ordine militare e obbedienza.....	179
D. Notaro, Esecuzione dell’ordine militare e disobbedienza responsabile	197
L. De Stradis, Riforma e controriforma dei reati sessuali in Spagna: un dibattito ancora aperto	210
J. Della Torre e G. Ponteprino, Commento al d.lgs. 129 del 2024 di attuazione del regolamento ue sui mercati delle crypto-attività’. Le novità sul versante penalistico e amministrativo punitivo*	243
A. Evangelisti, Dilemmi pratici e giuridici della disobbedienza consapevole*	273
C. Gabellini, L’adempimento all’ordine, tra responsabilità e obbedienza*	280
R. Galasso, La risoluzione delle antinomie giuridiche, tra ingerenza giudiziale e solidità argomentativa della decisione, nell’orientamento dei comportamenti sociali*	286
J. Della Torre, Spunti in tema di crypto-attività e procedimento penale.....	302
M. Giangreco, Limiti, paradossi e potenzialità della prova algoritmica nella giustizia penale.....	330

I. Giugni, Affettività inframuraria: spunti critici per una rivoluzione che attende di essere compiuta341

M. Galli, Oltre la persona detenuta: carcere, effetti collaterali e diritti dei terzi351

MISURA SOGGETTIVA E INDICI DI RIMPROVERABILITÀ. UNA CRITICA ALLE CONCEZIONI ULTRA-NORMATIVE DELLA COLPA

di Donato Castronuovo (*Professore ordinario di Diritto penale, Università di Ferrara*)

Mentre sul versante dottrinale persistono ricostruzioni teoriche che determinano una nozione ultra-normativa e iper-oggettiva della colpa penale, la quale si risolve in definitiva nella mera violazione di una regola cautelare causalmente collegata all'evento, nella giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni – in particolare dell'ultimo lustro – si è delineato un meritorio orientamento della Quarta Sezione che (in assonanza almeno implicita con altre e riconoscibili impostazioni dottrinali) valorizza la *misura soggettiva* anche in contesti diversi da quello sanitario e in cui non è riproducibile la limitazione legata al grado della colpa: è il caso, segnatamente, della sicurezza del lavoro. Un contesto, dunque, strutturalmente “ostile” a una “soggettivazione” della colpa, nell'ambito del quale, tuttavia, si registrano già numerose pronunce innovative che danno rilievo *scusante* a situazioni di *inesigibilità* (della condotta rispettosa del dovere oggettivo di diligenza) con conseguente annullamento della condanna del garante, pur in concomitanza di una riscontrata inosservanza cautelare. A questi esiti si giunge mediante valorizzazione di taluni *fattori di individualizzazione del giudizio*, ricostruibili come elementi di esclusione (o riduzione) della colpevolezza, e in particolare di dati soggettivi e situazionali riguardanti la concreta conoscenza o conoscibilità di un rischio specifico, spesso riconducibile, in queste vicende, a una prassi operativa scorretta da parte dei lavoratori, poi causativa dell'evento.

While on the doctrinal side there persist theoretical reconstructions that determine an ultra-normative and hyper-objective notion of criminal guilt, which is ultimately resolved in the violation of a precautionary rule, in the jurisprudence of recent years there has emerged a meritorious orientation of the Fourth Section of the Supreme Court that (in assonance at least implicitly with other and recognisable doctrinal approaches) enhances the “subjective measure” also in contexts other than the medical one and in which the limitation linked to the degree of guilt cannot be reproduced. This is the case, in particular, of safety at work. A context, therefore, structurally ‘hostile’ to a ‘subjectivisation’ of culpability, within which, however, there are already numerous innovative pronouncements that give exculpatory importance to situations of “inexigibility” (of conduct complying with the objective duty of care) with consequent annulment of the conviction, even in conjunction with a proven failure to comply with precautionary measures. These results are reached through the valorisation of certain factors of individualisation of the evaluation, which can be reconstructed as elements of exclusion or reduction of culpability, and in particular of subjective and situational data concerning the concrete knowledge or awareness of a specific risk, often ascribable, in these cases, to an incorrect operational practice on the part of the workers, which then caused the event.

SOMMARIO: 1. *What we talk about when we talk about... negligent offender*: l'autore colposo, questo sconosciuto. - 2. L'espansione della colpa, il progressivo affinamento giurisprudenziale della categoria, i suoi residui ma ancora consistenti deficit costituzionali. - 3. La misura soggettiva e l'individualizzazione del giudizio. - 4. Limiti alla individualizzazione del giudizio. - 5. Fattori di esclusione o riduzione della colpevolezza: un catalogo (incompleto). 5.1. Scusanti tipizzate. - 5.2. Situazioni non tipizzate. - 6. Accordi e disaccordi dottrinali sulla individualizzazione del giudizio. - 7. Passi avanti della giurisprudenza: una (inedita) rassegna. - 8. La colpevolezza a detrimento della tipicità?

1. - Vorrei iniziare queste riflessioni evocando una questione preliminare, ben nota, che suona come un paradosso, forse apparente, ma non trascurabile in un convegno, come questo pisano, dove si parla di *persona e colpevolezza* in riferimento alla responsabilità penale¹.

La questione è la seguente: *chi è l'autore colposo?* Si tratta di una realtà soggettiva “afferrabile”, che può essere indagata e fatta oggetto di studio? In parole povere, di cosa parliamo quando parliamo di autore colposo?

La risposta è tanto nota quanto vagamente inquietante, e può, qui, soltanto essere ribadita: *non lo sappiamo*. Non conosciamo poi tanto dell'autore colposo. Il suo studio appare oltremodo difficile, nella misura in cui si risolve, in definitiva, nell'indagine su qualcuno che si rivela troppo simile all'investigatore. I suoi tratti criminologici sono poco caratterizzati: gli autori colposi sono dovunque. Gli autori colposi siamo noi².

Ecco perché – mentre gli studi sull'autore doloso sono risalenti e ben ponderosi – storicamente ha sempre stentato a svilupparsi una criminologia (una psicologia criminale, un'antropologia criminale, una sociologia della devianza, una profilazione criminologica) dell'autore colposo. E d'altronde: nella *percezione sociale*, l'autore colposo è davvero avvertito come un *criminale*? Certo, in qualche contesto fattuale, per lo meno in tempi recenti, sì: pensiamo agli incidenti stradali causati da persone sotto l'effetto di alcool o altre droghe. In altri ambiti, assai meno: nella percezione comune, certe figure di autori colposi finiscono per assomigliare piuttosto a individui assai *sfortunati* che a veri e propri *rei*³. Una sensazione di relativa estraneità all'universo criminale destinata ad accrescersi grandemente al cospetto delle tragiche vicende solitamente evocate a proposito della questione della *poena naturalis*⁴.

¹ *Persona, colpevolezza, pena. Libero arbitrio e imputazione normativa della responsabilità*, Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Pisa, 7-8 febbraio 2024.

² La persistente *aspecificità* dell'autore del reato colposo finisce per inverare, anche sotto questo profilo, il noto giudizio, secondo il quale l'uomo, in fondo, è un «essere colposo»: K.A. Hall, *Über die Leichtfertigkeit. Ein Vorschlag de lege ferenda*, in *FS E. Mezger*, München, Berlin 1954, 248: «Nicht der Vorsatz, sondern die Fahrlässigkeit kennzeichnet den Menschen. Der Mensch ist ein fahrlässiges Wesen. Und das ist – vielleicht – größere Schuld».

³ Sullo *Zufallsmoment*, la componente aleatoria, di fortuito, che caratterizza il reato colposo, cfr. nella dottrina nostrana: G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 121 ss.; N. Mazzacava, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano 1983, 32 ss., 244 ss.; Id., *L'apparente prossimità della colpa penale a garantismo e ultima ratio*, in M. Donini, R. Orlandi, a cura di, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 40 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova 1993, 332-339; L. Eusebi, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP* 2001, 1068, 1078; Id., *Sistema sanzionatorio e reati colposi*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 1204; M. Mantovani, «Diritto penale del caso» e prospettive «de lege ferenda», in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 1080 ss.; L. Cornacchia, *Responsabilità colposa: irrazionalità e prospettive di riforma*, in www.archiviopenale.it, 2, 2022, 1 ss. Volendo, per una trattazione alla luce delle acquisizioni filosofiche in tema di *Moral Luck*, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 105-128, anche per i necessari riferimenti alla dottrina penalistica tedesca; nell'ambito della quale, più di recente e in generale, si vedano: B. Burghardt, *Zufall und Kontrolle. Eine Untersuchung zu den Grundlagen der moralphilosophischen und strafrechtlichen Zurechnung*, Tübingen 2018; R. Zaczyck, *Über Zufall und Kontrolle im Strafrecht*, in *Goldtdammer's Archiv*, 2021, 147 ss.

⁴ Sulla quale, da ultimo, C. cost. 25.3.2024, sent. n. 48, con esito di non fondatezza della questione di illegittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p. – sollevata in riferimento agli artt. 3, 13 e 27 co. 3 Cost. – «nella parte in cui, per i procedimenti relativi a reati colposi, non prevede la possibilità di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l'agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso». Sulla pronuncia, e già prima sulla questione di costituzionalità, si leggano i commenti di: M.E. Florio, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di incostituzionalità*, in www.laegislazionepane.eu 15.11.2023; M. Mantovani, *Precisazioni su poenae naturales e delitti colposi*, in www.sistemapenale.it 10.6.2024; T. Padovani, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in www.sistemapenale.it 17.4.2024; M. Zincani, *Pene naturali: ci*

La aspecificità criminologica dell'autore colposo si spiega anche e soprattutto in funzione del contesto di base lecito in cui si sviluppa generalmente la condotta imprudente o inosservante. Manca perciò un approfondimento criminologico su questa figura. Con l'eccezione, forse, negli ultimi decenni, di alcuni studi sulla colpa *nelle* e *delle* organizzazioni e, in maniera meno sviluppata, nelle attività con profili spiccati di interazione. Ma degli autori colposi, così simili a noi, sappiamo comunque molto meno nel confronto con quegli autentici "estranei" (=diversi da noi) che sono gli autori dolosi, che, loro sì, riempiono le pagine dei manuali di criminologia. Ne deriva che siamo di fronte a una evidente asimmetria: tra accresciuta importanza del fenomeno (*criminalità colposa*) e carente copertura cognitiva sul versante soggettivo (*autore colposo*). Da un lato, sta l'incremento – segnalato da oltre un secolo – della criminalità colposa, al quale si è accompagnato un significativo sviluppo speculativo, giurisprudenziale e persino legislativo (colpa medica, colpa stradale, colpa nautica) sperimentato dal reato colposo; dall'altro lato, però, il discorso sulla responsabilità colposa presenta ancora vistose "zone d'ombra", non soltanto (o non tanto) dal punto di vista della teoria del reato, ma soprattutto sul piano criminologico.

Questo – parziale, ma in una certa misura irriducibile – vuoto conoscitivo ha un impatto, temo, sulla costruzione giuridica dei modelli imputativi della responsabilità colposa: tanto quelli oggettivi, quanto quelli soggettivi. A fronte della *aspecificità* degli autori, quale sarebbe il parametro tipologico (basato su nozioni empiriche e criminologiche) dei singoli, differenziati agenti modello? In carenza di criteri di «modellizzazione» offerti dall'apporto delle scienze comportamentali, sociologiche, antropologiche, criminologiche, cognitive, su cosa basare la costruzione di *standard* normativi affidabili?⁵ Maneggiamo, dunque, *Massfiguren* tipologicamente vuote? E la colpa come inosservanza: consisterebbe, dunque, in ultima analisi, nella violazione di apparati regolativi ignari delle caratteristiche dei destinatari ai quali si vorrebbero imporre quei comportamenti formalmente prudenti e diligenti? Se manca persino una classificazione tipologica, utile a orientare nella ricostruzione – sul piano della tipicità soggettiva – di agenti modello e di statuti cautelari che si assumono trasgrediti, quanto di autenticamente soggettivo è sperabile poi di recuperare in sede di giudizio di colpevolezza colposa sopra quel singolo autore, nella singolare *tranche de vie* in cui si è trovato ad agire od omettere in maniera illecita?⁶

Sono interrogativi ai quali è difficile dare risposta, ma che occorre per lo meno tener ben presenti nella loro carica problematica quando si discute di colpa in un contesto, quello della responsabilità penale, caratterizzato dall'esigenza (intesa quale fondamento e limite) di una *personalizzazione* dell'addebito.

2. – Come anticipato, la dottrina denuncia solitamente, e da tempo, un fenomeno politico-criminale e giurisprudenziale di "espansione" della responsabilità colposa in ambito penalistico; nel mentre, ragioni di ordine costituzionale imporrebbero (impongono), sul piano interpretativo, una nozione selettiva di "colpa penale".

rivedremo presto. Un commento a prima lettura della sentenza n. 48/2024 della Corte costituzionale, in www.giurisprudenzapenale.com 25.3.2024.

⁵ Cfr., sul punto, le riflessioni di F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell'accertamento del "coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto"*, in RIDPP 2018, 1626 ss., in part. 1631 s., 1648 ss., 1650 s., 1657 ss., 1662 ss.

⁶ Sulle possibilità di valorizzazione dell'accertamento della colpa, e in particolare della misura soggettiva, derivanti dalle neuroscienze, si rinvia a C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino 2016, 269 ss.; M. Di Florio, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, Pisa 2020, 159 ss. (anche per ulteriori riferimenti).

E infatti, sul piano “programmatico”, già secondo il codice penale (ben prima, quindi, della Costituzione repubblicana), la colpa dovrebbe essere un criterio “eccezionale” di ascrizione della responsabilità penale nei delitti, alla stregua di quanto dispone l’art. 42; nonché un “elemento psicologico” del reato, stando all’intitolazione dell’art. 43.

Sul piano della realtà del diritto vivente, abbiamo invece assistito: a un ipertrofico sviluppo della criminalità colposa, legato ai mutamenti socio-economici e tecnologici⁷; a una inarrestabile proliferazione di procedimenti penali per eventi che si assumono causati colposamente⁸; all’utilizzo di una nozione di colpa troppo spesso ultra-normativa e iperoggettiva, poiché fondata sulla sola inosservanza di una regola cautelare causalmente legata all’evento⁹.

Allo stadio attuale della elaborazione dogmatica (dottrinale e giurisprudenziale) la colpa penale denuncia profili ancora deficitari sul piano della coerenza con i principi costituzionali di legalità e di colpevolezza: sebbene, è doveroso riconoscerlo, in misura un po’ ridotta rispetto al passato.

Sul piano dell’evoluzione teorica, si può osservare che la ricostruzione dottrinale della colpa è stata progressivamente recepita, e in ampia parte, dalla giurisprudenza, specie di legittimità, che anzi è divenuta nel tempo una co-protagonista di questi sviluppi concettuali. In tema di colpa, si può registrare una lenta ma costante evoluzione della giurisprudenza penale, alimentata dall’enorme importanza assunta nella prassi giudiziaria dalle ipotesi di responsabilità per la causazione involontaria di eventi dannosi, in diversi settori di attività capaci di innescare rischi per lo più tecnologici, talora anche su vasta scala e ad ampio spettro offensivo.

Ne è derivato un progressivo affinamento dei criteri dell’imputazione colposa. Un affinamento ravvisabile sia nell’emersione del necessario *profilo normativo della condotta*, che, per ragioni garantistiche di determinatezza e di colpevolezza, deve pur sempre consistere nella violazione di una regola cautelare pre-data¹⁰; sia su quello della *individuazione dei soggetti* in contesti

⁷ Del tutto evidente è la perfetta adeguatezza del criterio colposo di imputazione della responsabilità ai mutamenti sociali e tecnologici della società del rischio: indubbio che la colpa – assieme alle categorie del pericolo, del reato proprio, dell’omissione – sia assai più funzionale del dolo a un diritto penale della prevenzione e della sicurezza, nei diversi contesti di rischio *ab origine* lecito.

⁸ Spesso in contesti – di rischio lecito o consentito – “soggettivamente complessi”: pluripersonali, relazionali, organizzati.

⁹ Una nozione, dunque, assai lontana da un elemento “psicologico”, secondo la nomenclatura del codice.

¹⁰ Il pieno recepimento giurisprudenziale di questo carattere strutturale del tipo colposo si colora, da ultimo, finanche di un eccessivo *purismo normativista*, nel senso di un’adesione drastica alla concezione *normativa* della colpa. Il riferimento va al recentissimo orientamento emerso in alcuni arresti della Quarta Sezione (orientamento ricostruito e autorevolmente difeso da S. Dovere, voce *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 579 ss., in part. 581 ss.), proteso ad abbandonare del tutto l’agente modello (o criterio dell’*homo eiusdem professionis et condicionis*), in ragione della sua manipolabilità interpretativa, a beneficio della pura individuazione della regola di cautela che si assume violata; forse trascurando, però, che l’agente modello è proprio e soltanto *uno strumento di individuazione* della regola cautelare allorché questa non risulti positivizzata in maniera “rigida” o completa. In varie ipotesi concrete, l’individuazione della regola cautelare – la cui trasgressione rende tipica la condotta – difficilmente potrà prescindere da un riferimento a un *parametro comportamentale inespresso* (uno standard “normativo” riconducibile al tipo di attività svolta), manipolabile fin che si vuole, ma, in quelle ipotesi, indispensabile alla ricostruzione del tipo colposo tutte le volte in cui non si dia un apparato regolativo positivizzato o allorché questo si riveli “elastico” oppure di per sé non esaustivo. Il problema sembrerebbe, allora, quello del corretto utilizzo dello strumento di individuazione della regola da porre eventualmente a fondamento della tipicità colposa nel caso concreto, operando secondo moduli di prevedibilità ed evitabilità autenticamente *ex ante*. In altre parole, per eludere gli effetti nocivi delle distorsioni cognitive più tipiche (*hindsight bias* e *outcome bias*: sui quali, cfr. le puntuali riflessioni di S. Dovere, voce *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, 581 s.), non pare sufficiente abbandonare ogni riferimento all’agente modello, se poi la regola cautelare è rinvenuta comunque

pluripersonali, organizzati o meno¹¹; sia, ancora, dal punto di vista della *causalità della colpa* e del *nesso di rischio* (rilevanza del comportamento alternativo lecito, concretizzazione del rischio specifico nell'evento verificatosi)¹².

Sul piano della decostruzione analitica, in sintesi schematica, si dice comunemente che la colpa, dal punto di vista strutturale, ha una doppia misura o collocazione sistematica: si parla di *misura oggettiva* (momento in cui si apprezza la tipicità – oggettiva e soggettiva – del fatto, dove rileva la violazione della regola cautelare o del dovere di diligenza secondo il parametro di prevedibilità ed evitabilità dell'agente modello più prossimo all'agente in carne e ossa)¹³; e di *misura soggettiva* della colpa (momento del giudizio di colpevolezza colposa, di verifica circa l'esigibilità del comportamento atteso, in considerazione di fattori situazionali e individuali)¹⁴.

Nonostante questa nozione sia abbastanza accreditata¹⁵, e condivisa oramai anche dalla giurisprudenza della “Quarta”¹⁶, il criterio colposo di imputazione denuncia pur sempre, assieme al deficit di legalità/determinatezza, anche un deficit di colpevolezza.

assecondando logiche del senno di poi che muovano dalla tendenza a sovrastimare, *ex post*, la capacità di prevedere ed evitare (superiore persino a quella dell'agente modello del fatto “storico”). Sul tema delle distorsioni cognitive, si veda, ad es., la interessante motivazione dispiegata in Cass., Sez. IV, 11.2.2020, dep. 18.5.2020, n. 15258, A.S. (rel. Dovere). Per un commento alla pronuncia, F.C. La Vattiata, *La misura di esigibilità del comportamento diligente del sanitario in relazione al grado di riconoscibilità della situazione di rischio: due concetti “antichi” trovano riconoscimento nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria*, in *FI* 2021, II, 61 ss. Per una compiuta ricostruzione storica del parametro dell'agente modello, G.P. Demuro, *Homo eiusdem professionis et condicionis (profili storici)*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 607 ss.

¹¹ Benché, sulla individuazione dei “garanti”, permangano forti deformazioni nella prassi giurisprudenziale. Per delle “messe a punto” recenti sui vari istituti coinvolti dall'individuazione dei soggetti “garanti” (intesi come gestori del rischio), ma anche sulla sussistenza ed estensione del dovere cautelare in contesti relazionali e non, cfr. M. Mantovani, voce *Affidamento (principio di)*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 1 ss.; F. Argirò, *Agevolazione colposa*, *ibidem*, 20 ss.; L. Cornacchia, *Colpa d'équipe*, *ibidem*, 41 ss.; L. Riscato, *Cooperazione colposa*, *ibidem*, 321 ss.; V. Torre, *Organizzazioni complesse e reati colposi*, *ibidem*, 888 ss.; F. Consulich, *Rischio consentito*, *ibidem*, 1102 ss., in part. 1117 ss. Si rinvia, inoltre, ai notevoli approfondimenti (tra loro in parte dissonanti), svolti in sede monografica negli ultimissimi anni, da: F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, *passim*; e A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, *passim*. Cfr. inoltre D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa 2023, 147 ss.

¹² Nella elaborazione dottrinale più recente, cfr. A. Perin, *Concretizzazione del nesso di rischio*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 283 ss.; K. Summerer, *Evitabilità dell'evento e comportamento alternativo lecito*, *ibidem*, 489 ss.; F. Consulich, *Rischio consentito*, *ibidem*, 1102 ss.; S. Dovere, *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, cit., 597 ss.

¹³ Così nella ricostruzione più consueta, tanto nelle elaborazioni dottrinali quanto nelle premesse teoriche svolte dalla giurisprudenza (al netto quindi dell'orientamento che proclama il commiato dal parametro dell'agente modello di cui si è dato conto *supra*, nota 9).

¹⁴ Al di là delle confusioni terminologiche che la distinzione misura oggettiva vs. misura soggettiva è in grado di ingenerare, resta però chiaro che la tipicità colposa è già tipicità (oggettiva e) *soggettiva* (in funzione di quel primo “adeguamento” umanistico collegato al parametro dell'agente modello differenziato), pur parlandosi, a questo stadio della ricostruzione sistematica, secondo la denominazione invalsa, di “misura *oggettiva*”, nel senso che la valutazione è ancora “impersonale”. La “misura *soggettiva*”, che si apprezza in sede di colpevolezza (colposa), riguarda un giudizio di individualizzazione in cui possono entrare in gioco eventuali fattori personali e situazionali incidenti sulla esigibilità in concreto della condotta attesa (indici di rimproverabilità “soggettiva”, nel senso di individuale e personale). Per la proposta di distinguere una misura oggettivo-soggettiva (tipicità soggettiva colposa) e una soggettivo-individualizzante (colpevolezza colposa), si permetta di rinviare, da ultimo, alla mia “voce” *Colpa penale*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 227 (con ulteriori riferimenti).

¹⁵ La più esatta sintesi manualistica si rinviene in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Bologna 2017, 464, 491-493.

¹⁶ Cfr. *infra*, § 7. Tra i contributi dottrinali che fanno propria questa ricostruzione e che sono riconducibili ad

Il *deficit di legalità*, sotto forma di determinatezza, riguarda la fattispecie in rapporto alla struttura dinamicamente “aperta” del tipo colposo. La cifra caratteristica del tipo colposo – in un certo senso: la sua *quintessenza* – sta proprio nel rivelarsi una fattispecie “programmaticamente” aperta e bisognosa di integrazione normativa a mezzo di regole cautelari: (cagionare) “per colpa” significa, in prima battuta, (causare) con violazione di un dovere di diligenza rappresentato da standard cautelari intesi come (vale a dire: traducibili in) regole di condotta.

Debbo qui concentrarmi, nel rispetto del tema affidatomi dagli organizzatori del convegno, sul *deficit di colpevolezza*¹⁷. Del resto, le insufficienze ancora denunciate dalla categoria della colpa riguardano soprattutto la sua *misura soggettiva*: il fatto è che questo secondo livello di analisi, quello della colpevolezza colposa, che presuppone un giudizio “individualizzato” o “personalizzato” di responsabilità, pur essendo oggetto in tempi a noi più vicini di significative e crescenti “aperture” anche giurisprudenziali, è stato sistematicamente negletto per un lungo frangente anche dalla dottrina, oltre che dalla giurisprudenza.

Quali le cause di questo bilancio ancora tutto sommato deficitario in termini di misura soggettiva della colpa? Si tratta di un esito per certi versi paradossale, non soltanto perché saremmo al cospetto di un elemento “soggettivo” (e addirittura) “psicologico” del reato, secondo l’intitolazione dell’art. 43 Cp; ma anche perché sono tutt’altro che superate le impostazioni sistematiche (anche manualistiche) tendenti a considerare la colpa (come pure il dolo) esclusivamente quale elemento della colpevolezza (del tutto estraneo al fatto), benché secondo ricostruzioni che ne svelano, poi, tratti fortemente oggettivanti che valorizzano esclusivamente l’inosservanza di uno standard normativo di riferimento¹⁸.

Non è estranea, allora, al *deficit* di colpevolezza, anzitutto, la nozione più diffusa di colpa penale, così come (ancora) professata allo stadio attuale della sua evoluzione teorica.

Il successo delle “concezioni normative della colpa”, accanto agli indubbi meriti di chiarificazione strutturale del requisito d’imputazione in esame (la colpa è prima di tutto violazione di una regola cautelare), ha generato, quale effetto collaterale, un processo di *ultra-normativizzazione* e di *iper-oggettivazione* dell’elemento (soggettivo?) “colpa”, incentrato soltanto sul momento dell’illiceità (letteralmente dell’antigiuridicità come contrarietà a norme) desumibile dal carattere inosservante del comportamento tenuto: un elemento del reato, quindi, deprivato della componente di colpevolezza e, comunque, di un afferrabile profilo “soggettivo-

autori che sono anche componenti della magistratura, si vedano, ad es., anche per riferimenti ulteriori: C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, Milano 2017, 331 ss.; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*², Torino 2023, 333 ss.; E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, in *CP 2020*, 4776 ss.; S. Dovero, voce *Giurisprudenza della Corte Suprema sulla colpa*, cit., 600 s.

¹⁷ Invece, per approfondimenti sul deficit di determinatezza e sulla ricostruzione del *Tatbestand* colposo (la “concretizzazione” della colpa nella fattispecie), si permetta di rinviare, anche per gli opportuni riferimenti, a D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 213 ss. (parte seconda: «La struttura della fattispecie colposa. Dalle definizioni legali ai meccanismi d’integrazione normativa e d’interazione sociale»), in part. 215 ss., 279 ss. Per una sintesi aggiornata, Id., voce *Colpa penale*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, cit., 200 ss.

¹⁸ Un esempio plastico della concezione ultra-normativa, nella manualistica più autorevole, si rinviene in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹³, Milano 2024, 239 s. (oggettivismo e soggettivismo), 241 ss. (il fatto come insieme dei soli elementi oggettivi del reato), 245 e 388 (la colpevolezza come sede – esclusiva – del dolo e della colpa), 246 (la colpa come negligenza, imprudenza o imperizia oppure inosservanza di norme), 418 s. (la nozione di colpa, ossia di colpevolezza colposa, come «fondata su un giudizio interamente normativo»), 422 s. (il riferimento alla pluralità di agenti modello) 424 s. (limiti al processo di personalizzazione del giudizio di colpa), 433 (la colpa grave del medico, in relazione all’emergenza pandemica, come mero discostamento in misura rilevante dalle regole cautelari), 448 (colpa grave in generale come mero divario tra la condotta concreta e il modello di condotta).

individualizzante”. E non v’è dubbio che la propensione all’oggettivazione della colpa sia funzionale a scopi di tutela e di prevenzione generale di beni fondamentali in una società altamente complessa e tecnologizzata¹⁹. Ma a quale prezzo?

Così, persino quando si deve descrivere la “colpa grave” si resta invischiati in questa nozione normativo-oggettivante: negli autori che si riconoscono ancora in una nozione iper-oggettiva di colpa (seppure collocata, esclusivamente sotto il profilo toponomastico, nella colpevolezza), la colpa grave diventa soltanto gravità dell’inosservanza (quantità di divergenza tra condotta tenuta e comportamento atteso) e grado di prevedibilità e di evitabilità dell’evento: senza alcuna considerazione di elementi di individualizzazione del giudizio. In guisa da ridurre (anche) la colpa grave a *tipicità soggettiva (grave) senza colpevolezza*²⁰.

Al di là delle dichiarazioni di principio, di fatto, dunque, per lungo tempo si è affermata una nozione iper-oggettiva e ultra-normativa della colpa, secondo la quale, una volta rinvenuta una regola cautelare violata, non ci sono *né santi né fanti* a cui votarsi: il soggetto risponde del fatto inosservante (e solo in questo senso “colposo”), in funzione di un’applicazione meccanica di un algoritmo. È fin troppo chiaro, però, come una tale nozione culturale sia costituzionalmente errata, perché ignora il principio di colpevolezza. Con la conseguenza di precludere la possibilità di disporre di una nozione *selettiva* di colpa penale, improntata ai principi (di legalità e) di colpevolezza. Occorre cioè attribuire necessaria rilevanza ad (eventuali) fattori di individualizzazione almeno parziale del giudizio di colpevolezza colposa.

3. - Momento qualificante della misura soggettivo-individualizzante è la valorizzazione di concreti fattori personali *situazionali* (riferibili al contesto) e *individuali* (riguardanti le capacità), concomitanti rispetto alla condotta, tali da far ritenere che il soggetto, pur avendo agito in violazione del *dovere*, non aveva tuttavia il *potere* di adeguarsi alle aspettative di diligenza rimaste deluse.

L’accertamento si sposta, perciò, sull’eventuale sussistenza di elementi “anomali” ai quali si possa attribuire una *funzione scusante*, quindi di esclusione della colpevolezza, nella misura in cui rendano in concreto “inesigibile” il rispetto del dovere di diligenza (pur nell’assenza di scusanti “tipizzate”)²¹; oppure, in alternativa, quantomeno una *funzione commisurativa* della pena, qualora quegli stessi elementi siano espressivi di una “esigibilità diminuita”, incidente sulla graduazione della colpevolezza stessa²².

¹⁹ Cfr. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in www.penalecontemporaneo.it 13.5.2019, 1 ss.

²⁰ Così, a partire da una ricostruzione tutta oggettivante della colpa *tout court*, applicata alla colpa grave, P.F. Poli, *La colpa grave. I gradi della colpa tra esigenze di extrema ratio ed effettività della tutela penale*, Milano 2021, 390 ss., in part. 397 s. (e qui la – forse troppo sbrigativa – confutazione del riferimento alla «esigibilità quale ulteriore criterio per la determinazione di gravità della colpa», in quanto «la valutazione della esigibilità del comportamento alternativo risulta, in realtà, *già incorporata* nell’impiego del parametro dell’agente modello»: *sic!*); Id., voce *Colpa grave*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 102 ss., in part. 129 ss. Che la colpa grave si apprezzi anche sul piano soggettivo (della colpevolezza colposa) ce lo aveva insegnato nel suo articolo della fine degli anni Sessanta del secolo scorso T. Padovani, *Il grado della colpa*, in *RIDPP* 1969, 819 ss. E nella stessa direzione (nesso colpa grave/individualizzazione del giudizio) sembrano procedere le interpretazioni rese sulle riforme in tema di colpa del medico e le disposizioni emergenziali in tema di limitazione della responsabilità alla sola colpa grave per il personale sanitario (sulle quali si tornerà *infra*, § 5 ss.). Ad ogni modo, per una dimostrazione di quanto qui soltanto abbozzato si consenta di rinviare al contributo monografico: *La colpa penale*, cit., 341 ss., 529 ss.; nonché in: *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, in *RIDPP* 2013, 1723 ss.

²¹ Sostiene l’opportunità di una positivizzazione legislativa di tali scusanti G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro di orizzonte*, in www.lalegislazionepenale.eu 3 febbraio 2021, 21 ss.

²² In generale, sulla categoria della inesigibilità (*Unzumtbarkeit*), nella dottrina nostrana – oltre a L. Scarano, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli 1948 – si veda su tutti: G. Fornasari, *Il principio di inesigibilità nel diritto*

Il *test* di colpevolezza dovrebbe consentire di sottoporre a verifica la tenuta dell'ipotesi di colposità del comportamento, già formulata in sede di tipicità soggettiva alla stregua della “figura-modello differenziata” (*homo eiusdem professionis et condicionis*), e comunque della violazione della regola cautelare individuata come “pertinente”. Su questo piano ulteriore, si tratta cioè di *valorizzare* — a seconda dei casi, in chiave scusante oppure con funzione commisurativa — *eventuali fattori di distorsione* che esulano dalla standardizzazione propria del parametro normativo di riferimento, anche nelle sue versioni più precise in quanto attente a cogliere, nel ricostruire la figura modello e il relativo apparato regolativo, gli elementi di differenziazione tra diversi specifici settori e livelli specialistici di attività.

Trattandosi di un condensato di “astratte virtù normative”, in quanto espressione metaforica delle pretese di diligenza imposte dall'ordinamento, l'*agente modello* si muove in uno spazio pur sempre “virtuale”, alla stregua di un *avatar* forgiato su qualità standardizzate secondo parametri “ideali”: al netto, quindi, dell'effettivo *potere* del soggetto di incarnare nel reale — con tutte le sue sfaccettature situazionali e motivazionali, anche anomale — tale modello deontologico. Lo stesso discorso riguarda, ove il riferimento all'agente modello non piaccia, la regola cautelare individuata come pertinente nel caso concreto²³.

La possibilità di uno *scarto tra “modello” e “persona”*, meritevole di considerazione in sede di colpevolezza, sarà inversamente proporzionale, senza annullarsi del tutto, al grado di specializzazione dell'attività svolta in concreto e già valutata in sede di tipicità colposa. Il carattere di eventualità e di (soltanto relativa) rarità di questi fattori di distorsione non vale a far perdere loro la rilevanza scusante o commisurativa.

4. - Sul terreno della cosiddetta misura soggettiva si registrano, tradizionalmente, le difficoltà riguardanti i limiti all'individualizzazione o personalizzazione del giudizio di colpa.

Si tratta di obiezioni note e, se ben intese, non decisive, bensì superabili. È di intuitiva evidenza che il giudizio di individualizzazione in cui consiste la misura soggettiva non potrà mai coincidere con tutte le caratteristiche del soggetto agente: «trattandosi di un giudizio che è e deve restare “normativo”, si dovrà necessariamente fare astrazione da qualcuna di esse»²⁴. Ne va della conservazione o, al contrario, della dissipazione del carattere conformativo della regola di comportamento, già parametrata secondo il differenziato statuto cautelare pertinente all'attività in concreto esercitata²⁵.

Resta esclusa, dunque, la rilevanza di tratti caratteriali o disposizioni emotive come *indifferenza, svogliatezza, superficialità, distrazione, disattenzione, imprevidenza,*

penale, Padova 1990 (anche per i necessari riferimenti alla letteratura tedesca); Id., voce *Inesigibilità*, in *DigDPen.*, Aggiornamento, X, 2018, 362 ss. Con riferimento precipuo al reato colposo, G. Civello, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino 2013, 287 ss.; C. Brusco, *La colpa penale e civile*, cit., 339 ss.; E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, cit., 4777 ss.; M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 1153 ss. Da ultimo, per una ricognizione dei diversi momenti di emersione della nozione di inesigibilità in rapporto al reato colposo (sul piano oggettivo-impersonale, su quello soggettivo-individuale, in relazione al difetto di conoscibilità della regola cautelare e, infine, con riferimento al grado della colpa), S. Prandi, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, in *RIDPP* 2024, 1035 ss.

²³ Come già detto (*supra*, nota 9), l'agente modello va considerato esclusivamente alla stregua di uno strumento (un *medium*) per l'individuazione della specifica regola di comportamento che si assume violata nel caso concreto, tutte le volte in cui la stessa non sia già disponibile *aliunde*, sotto forma cioè di norma formalizzata. L'agente modello differenziato (e più prossimo a quello reale) costituisce semplicemente, in questi casi, il necessario parametro della prevedibilità ed evitabilità in concreto: non sostituisce la regola di comportamento, ma serve per individuarla.

²⁴ S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., 493. Cfr., inoltre, C. Piergallini, voce *Colpa (diritto penale)*, in *ED*, *Annali*, X, 2017, 244.

²⁵ Riassume i termini della questione, da ultimo, S. Prandi, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, cit., 1041 ss.

avventatezza, sconsideratezza, ma anche timidezza, coraggio, baldanza, spavalderia, pavidità...

Rimane invece controverso il ruolo da assegnare a caratteristiche fisiche o intellettuali riguardanti *difetti, menomazioni, cattive condizioni di salute, livello di socializzazione o scolarizzazione, conoscenze ed esperienze.*

Per un verso, l'opzione per l'una o l'altra soluzione dipende dal peso reciproco che si intende assegnare al *principio di colpevolezza* e alle esigenze di *prevenzione generale*.

Per altro verso, non va trascurato che talune condizioni personali del soggetto reale sono già prese in considerazione nella definizione del “dovere oggettivo-soggettivo” di diligenza (al livello dunque del fatto illecito) in quanto “standardizzate” in figure modello “differenziate”: si pensi, in questo senso, al diverso “statuto cautelare” – valido nelle corrispondenti situazioni di rischio – riguardante l'automobilista portatore di *handicap*, o l'automobilista o l'autista “in fase di formazione”, o il medico specializzando.

5. - Potranno trovare considerazione in sede di colpevolezza colposa – per escluderla (*rilevanza scusante*) o diminuirne la portata (*rilevanza commisurativa*) – fattori diversi, corrispondenti a situazioni individuali non standardizzabili secondo un modello di agente differenziato.

5.1. - Occorre considerare che il catalogo delle c.d. *scusanti codificate* (o, più in generale, delle limitazioni di responsabilità fondate su “fattori individualizzanti”), alle quali si può fare riferimento nel reato colposo, è un catalogo corto: e c'è chi, con buone ragioni, propone di allungare tale elenco in prospettiva *de lege ferenda*²⁶.

Negli ultimi tempi, per vero, la lista delle scusanti tipizzate si è lievemente accresciuta, giungendo poco oltre le tradizionali categorie di “non punibilità” – caratterizzate da un inquadramento perennemente controverso – del *caso fortuito*, della *forza maggiore* e del *costringimento fisico*: vere e proprie esimenti “in cerca d'autore”, da sempre sospese, nelle opinioni dottrinali e nell'elaborazione della giurisprudenza, tra l'esclusione della *suitas* o quella della colpa, tra ricostruzioni che gli attribuiscono rilevanza a livello di tipicità ed altre che gli accreditano funzione scusante²⁷.

Una novella scusante codificata è identificabile, infatti, nell'ipotesi di *eccesso colposo in legittima difesa domiciliare*, introdotta nel 2019 all'art. 55 co. 2 Cp, il quale prevede l'esclusione della punibilità per «grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto»²⁸.

²⁶ Si rinvia di nuovo a G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 21 ss. Per una riconsiderazione completa e aggiornata della categoria delle scusanti nel contesto del reato colposo, M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, cit., 1153 ss. Più in generale, sullo statuto delle scusanti (e sulla differenza dalle scriminanti), F. Viganò, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano 2000, 148 ss.; E. Mezzetti, *Necesis non habet legem? Sui confini tra «Impossibile» ed «Inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Torino 2001; E. Venafro, *Scusanti*, Torino 2002; R. Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino 2005, 47 ss.; F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità, e cause di giustificazione: necessità e limiti*, Torino 2018, 107 ss.; D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli 2020, 205 ss.

²⁷ Cfr., per quest'ultima soluzione, ad esempio, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 470 s.

²⁸ F. Consulich, *La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.*, in www.giurisprudenzapenale.com, n. 5, 2019, 1 ss.; F. Diamanti, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino 2020, 77 ss.; Id., voce *Eccesso colposo*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 439 ss.; M. Dova, *Alterazioni emotive e colpevolezza*, Torino 2019; M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1162 s.; D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino 2020, 301 ss.; A. Roiati, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per*

Un riferimento a parte merita la possibilità di attribuire rilievo scusante alla situazione di emergenza determinatasi nel contesto della *pandemia da coronavirus*, con riferimento allo svolgimento delle attività sanitarie in condizioni di *stress* anche estremo, in funzione della quantità inedita di casi da trattare anche in relazione alle risorse disponibili, dell'elevato numero di decessi di pazienti, del rischio di contrarre l'infezione da parte degli stessi operatori, dello svolgimento di turni "massacranti", etc. A prescindere dalla natura che si pensi di attribuirle, pare riferirsi anche a fattori individualizzanti la limitazione della responsabilità alla sola colpa grave – introdotta provvisoriamente dall'art. 3-*bis* d.l. 1°/4.2021, n. 44 (convertito con modificazioni dalla legge 28.5.2021, n. 76) – per i fatti di omicidio o lesioni «commessi nell'esercizio di una professione sanitaria e che trovano causa nella situazione di emergenza epidemiologica» da Covid-19. La causa di esclusione della responsabilità della "colpa non grave", come è stato osservato con esattezza, si radica sull'elemento rappresentato «dall'incidenza del contesto emergenziale sul regolare *modus operandi* degli operatori sanitari, incidenza da prendere in considerazione ai fini della pretesa di conformità alle cautele doverose e dunque del livello esigibile di rimproverabilità colposa»²⁹.

Una proroga della limitazione di responsabilità sino al 31 dicembre 2024 è stata successivamente stabilita dall'art. 4, co. 7-*septies*, d.l. 30.12.2023, n. 215 (convertito con modificazioni dalla legge 23.2.2024, n. 18), dando rilievo espresso alla «grave carenza di personale». In occasione della proroga sono state parzialmente ridefinite le situazioni di applicabilità della limitazione della punibilità ai soli casi di colpa grave, stabilendo che «si tiene conto delle condizioni di lavoro dell'esercente la professione sanitaria, dell'entità delle risorse umane, materiali e finanziarie concretamente disponibili in relazione al numero di casi da trattare, del contesto organizzativo in cui i fatti sono commessi nonché del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato» (art. 4, co. 8-*opties*)³⁰. Nel passaggio dal primo al secondo intervento del legislatore, può registrarsi, per un verso, il mancato riferimento al fattore (oggettivo-cognitivo) della limitatezza delle conoscenze scientifiche, sul quale si incentrava la previsione del 2021, considerato il diverso e più "maturo" contesto nomologico del 2023-2024; per altro verso, il ricorso espresso da parte dell'intervento di proroga all'elemento di contesto (situazionale/individualizzante) rappresentato dalle «condizioni di lavoro» del sanitario.

Nella clausola in questione, complessivamente considerata, sembra possibile individuare una figura di *non punibilità "soggettiva"* – in quanto fondata, tra l'altro, su una sorta di "scusante di contesto": quello emergenziale pandemico – riguardante i casi di "colpa non grave" derivanti non soltanto da *imperizia* (secondo il più limitato perimetro assegnato nel diritto vivente all'art. 590-*sexies* Cp), ma altresì da *negligenza* o *imprudenza*. Si tratta di esiti, opportunamente messi nero su bianco³¹, ai quali si poteva forse arrivare anche in via interpretativa, valorizzando, appunto, di volta in volta, i profili situazionali di contesto e la loro incidenza sull'esigibilità di

contesto e per tipo d'autore, in www.archiviopenale.it, n. 1, 2020, 1 ss.

²⁹ Così, C. Cupelli, *Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso (d.l. 44/2021)*, in www.sistemapenale.it 1° giugno 2021. Cfr. inoltre Id., *Covid-19 e responsabilità colposa*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 341 ss. L'art. 3-*bis*, co. 2, d.l. n. 44/2021 stabilisce: «Ai fini della valutazione del grado della colpa, il giudice tiene conto, tra i fattori che ne possono escludere la gravità, della limitatezza delle conoscenze scientifiche al momento del fatto sulle patologie da SARS-CoV-2 e sulle terapie appropriate, nonché della scarsità delle risorse umane e materiali concretamente disponibili in relazione al numero dei casi da trattare, oltre che del minor grado di esperienza e conoscenze tecniche possedute dal personale non specializzato impiegato per far fronte all'esperienza».

³⁰ Evidenti i riferimenti ai differenziati agenti modello (mediante richiamo del personale non specializzato) e alla (qui opportunamente neutralizzata) colpa per assunzione (non grave).

³¹ Per più che evidenti ragioni di rassicurazione nei confronti degli operatori sanitari impegnati sul fronte emergenziale e di uniformità di valutazione da parte della magistratura.

condotte alternative lecite e, in ultima analisi, procedendo alla verifica circa la possibilità di muovere un rimprovero di colpevolezza in quelle concrete circostanze emergenziali³².

5.2. - Secondo la ricostruzione che chi scrive predilige, alle sparute scusanti tipizzate riferibili al reato colposo (o alle ipotesi di non punibilità della colpa non grave fondate su eminenti profili “soggettivi”, come nel caso legato all’emergenza pandemica), possono aggiungersi *altre ipotesi non codificate* derivanti dalla «*applicazione diretta dell’art. 27, co. 1, Cost. ‘dentro’ all’art. 43 c.p.*»: ipotesi che, in presenza della violazione della regola di cautela, danno rilievo a situazioni anomale che possono rendere concretamente inesigibile la realizzazione della condotta “corretta”³³. Scusanti, quindi, la cui “base legale” è direttamente fondata sul *principio di colpevolezza*, o meglio: sull’interpretazione “conforme” a Costituzione delle disposizioni del codice in tema di reato colposo³⁴.

Le c.d. scusanti non codificate del reato colposo rappresentano, in altri termini, la concretizzazione del principio di personalità della responsabilità penale, nel suo contenuto di canone di colpevolezza: con la finalità ultima di implementare la ricerca di quel *coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto* che costituisce il carattere inalienabile di ogni responsabilità penale, anche di quella colposa³⁵.

Inoltre, non riconoscendo alcun rilievo alle condizioni personali “anomale” in cui quel soggetto in carne e ossa si è trovato ad agire, si finirebbe per violare il *principio di uguaglianza*, trattando in modo identico situazioni soggettive diverse, accumulate soltanto dalla stessa inosservanza cautelare³⁶.

³² Cfr. anche *infra*, in questo stesso §, *sub i), iv) e v)*. Che si tratti di situazioni da apprezzare sul piano della colpevolezza colposa (e comunque della misura soggettiva) mi pare indubbio. Cfr. anche M. Caputo, *Il puzzle della colpa medica. Emergenza pandemica e nuovi orizzonti della non punibilità per gli esercenti le professioni sanitarie*, in *DPP* 2021, 1187; *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni attorno a una tesi*, Roma 2021, 149 ss., in part. 168. Sui due interventi legati all’emergenza *pandemica* e, il secondo, anche a quella, ahinoi!, di crisi *endemica* in cui versa il sistema sanitario nazionale, con tratti ulteriormente ingravescenti negli ultimi tempi, si vedano altresì, tra i commenti più recenti: R. Bartoli, *Considerazioni sulla colpa grave in ambito sanitario a partire dall’esperienza del diritto penale pandemico*, in www.sistemapenale.it 18.3.2024; E. Penco, *La “perenne emergenza” delle professioni sanitarie, dalla pandemia alla «grave carenza di personale»: limitazione della responsabilità e grado della colpa nel c.d. decreto “Milleproroghe”*, in www.archiviopenale.it, n. 2, 2024.

³³ M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, cit., 27 (corsivo originale). Cfr. anche M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1157.

³⁴ In questo senso, non rappresentano un ostacolo né la mancata codificazione delle scusanti, ma neppure la codificazione di regole “contrarie” a dare ingresso nel giudizio di responsabilità penale a determinati fattori di individualizzazione e personalizzazione del giudizio: è il caso della irrilevanza, ai fini dell’esclusione o diminuzione dell’imputabilità, degli *stati emotivi e passionali*, decretata, come noto, dall’art. 90 c.p.: una disposizione che, al di là della sua intrinseca problematicità, e del significato letterale, va pur sempre interpretata alla luce del (sovraordinato) principio costituzionale di colpevolezza.

³⁵ V. ancora M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 27 s. In una prospettiva sistematica diversa da quella delle scusanti, ma riferibile al tentativo di ottenere una ricostruzione più raffinata del parametro normativo dell’agente modello, si vedano le riflessioni di F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell’accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, cit., 1626 ss., secondo svolgimenti che coinvolgono in maniera stringente il contributo delle scienze comportamentali per assicurare quel «coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto» conforme alla rilettura dell’art. 27 Cost. operata a partire dagli anni Ottanta dalla Consulta: «Per una verifica particolaristica del potere individuale di acquisire le conoscenze empiriche e nomologiche necessarie a riconoscere i rischi e del potere di percepire la concreta situazione di pericolo è necessario che lo standard pure oggettivo si costruisca sull’uomo reale, che agisce in ambienti complessi, con tutti i suoi limiti, compresi i deficit cognitivi. Solo in questo modo si potrà infatti davvero provare il coefficiente psicologico di partecipazione di *quell’autore a quel fatto*» (*ibidem*, 1653).

³⁶ Cfr. C. Brusco, *La colpa penale e civile*, cit., 363; E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo*

Tra le possibili situazioni che possono rilevare in concreto alla stregua di *scusanti non codificate (in maniera espressa)*, oppure come fattori di diminuzione della colpevolezza in sede di commisurazione della pena, purché si versi in presenza di una tipicità soggettiva già colposamente connotata dalla violazione cautelare, si pensi, in via esemplificativa, alle seguenti.

i) Situazioni improvvise di stanchezza, debolezza o malessere:

un operatore ospedaliero, che si è trovato a fronteggiare durante il suo estenuante turno un numero elevato di pazienti sopraggiunti, commette, alla fine, un errore diagnostico o terapeutico oppure (nel passaggio di consegne al collega subentrante) un errore informativo.

ii) Perdita di capacità funzionale che determina un errore esecutivo:

un chirurgo che ha sempre eseguito con perizia un determinato tipo d'intervento, per improvvisa perdita della "manualità fine", commette un errore operatorio;
un anziano automobilista, che ha sempre guidato senza problemi la sua utilitaria, cagiona un incidente a causa della sopravvenuta perdita di riflessi;
un automobilista, vittima in passato di un trauma cranico, causa un sinistro mortale dovuto al tempo di reazione impiegato per evitare un ostacolo, di poco superiore a quello "medio", che sarebbe valso a impedire l'impatto³⁷.

iii) Stress, spavento, agitazione, sorpresa o disorientamento:

un motociclista si trova dinanzi a un ostacolo improvviso e impreveduto: una volta percepito correttamente il pericolo, sbaglia tuttavia la manovra di emergenza necessaria;
un automobilista aggredito da energumeni armati di spranghe, nella concitazione del momento, riparte frettolosamente cagionando una lesione a un passante³⁸.

iv) Speciale difficoltà e/o urgente impellenza dell'intervento:

esistono, come noto, esempi non rari vagliati dalla giurisprudenza in tema di colpa medica, precedente e successiva agli interventi di riforma del 2012 (decreto Balduzzi: d.l. n. 158/2012 conv. dalla l. n. 189/2012) e del 2017 (legge Gelli-Bianco: l. n. 24/2017)³⁹;

di colpa, cit., 4791.

³⁷ Un caso analogo è presentato in L. Sammicheli, G. Sartori, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *DirPenCont* 2015, 283 s.: nella consulenza tecnica sull'elemento soggettivo colposo assumevano rilievo le specificità neurologiche dell'imputato, valutate per mezzo di strumenti riconducibili alle neuroscienze (potenziali cerebrali evento correlati), con la finalità di verificare in concreto la capacità di reazione attenta del soggetto e, quindi, l'esigibilità della condotta doverosa. Sulla fattibilità di questo tipo di consulenza tecnica, senza incorrere nel divieto stabilito all'art. 222 c.p.p., si veda *ibidem*, 277 s. Sul caso, cfr. le considerazioni di C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 273 s.

³⁸ Caso liberamente tratto da quello affrontato da Cass., Sez. IV, 17.10.2007, n. 5096, in cui la soggettivazione della colpa, argomentata sulla base del caso fortuito, ha avuto rilievo come circostanza attenuante (quindi, come ridotta esigibilità), in funzione del fatto che non si trattava di un'aggressione unilaterale e che era stato investito, tra l'altro, uno degli aggressori. Sulla pronuncia cfr. A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino 2012, 246 ss.

³⁹ Anche per una ricostruzione dell'evoluzione maturata in momenti diversi, al cospetto, rispettivamente, delle predette riforme, cfr.: Cass., Sez. IV, 29.1.2013, dep. 9.4.2013, n. 16237, Cantore; Cass. S.U. 21.12.2017, dep. 22.2.2018, n. 8770, Mariotti. In dottrina, limitandosi ai contributi monografici successivi alla riforma del 2017, C. Brusco, *La colpa penale e civile. La colpa medica dopo la l. 8 marzo 2017, n. 24 (legge Gelli-Bianco)*, cit., in part. 183 ss.; M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino 2017; A. De Lia, *Il rapporto di tensione tra intervento penale e medicina*, Pisa, 2020; A. Madeo, *Modelli di imputazione della responsabilità alle strutture sanitarie per l'evento avverso del paziente in Italia e in Inghilterra*, Torino 2020; M.L. Mattheudakis,

ma si potrebbe pensare, tra altro, a violazioni cautelari commesse durante interventi “salvifici” o comunque improrogabili operati dai Vigili del Fuoco o dalle forze di polizia o dal personale di Protezione civile.

v) *Stress e stanchezza dovute alla speciale situazione di emergenza e/o alle condizioni di lavoro:*

si pensi a quella sorta di “scusante di contesto”, da valutare comunque caso per caso, riferibile – anche in assenza della pur opportuna previsione espressa contenuta all’art. 3-bis d.l. n. 44/2021 – agli operatori sanitari impegnati nel periodo dell’emergenza pandemica, in funzione delle condizioni di *stress* correlato al numero eccezionale di pazienti da trattare, alle gravi carenze di risorse, al numero elevato di decessi, al rischio di contrarre l’infezione da parte degli stessi operatori, allo svolgimento di turni prolungati ed estenuanti, etc.⁴⁰.

vi) *Concitazione sportiva oppure carica agonistica:*

benché la nutrita casistica in tema di lesioni inferte in contesto sportivo risolva la non punibilità, a mio avviso in modo erroneo, sul diverso piano sistematico della mancanza di antigiuridicità o su quello del rischio consentito, si tratta, se correttamente inquadrato, di ipotesi potenziali di esclusione (o riduzione) della colpevolezza⁴¹.

vii) *Inesperienza o minore capacità (non standardizzabile secondo una figura modello differenziata)*⁴²:

un assistente volontario presso una casa di cura per malattie mentali, contravvenendo alle scarse istruzioni ricevute (accompagnare il paziente affetto da sindrome depressiva psicotica per un giro all’esterno della struttura senza lasciarlo da solo), vinto dalle insistenze del paziente stesso, acconsente a lasciarlo andare per pochi secondi in bagno: tempo durante il quale lo stesso si defenestra⁴³.

La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni attorno a una tesi, cit.; D. Micheletti, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all’esperienza*, Napoli 2021; L. Carraro, *Il medico dinanzi al diritto penale. Alla ricerca di limiti razionali all’imputazione colposa*, Torino 2022. Per riferimenti ulteriori e sintesi accurate: M. Caputo, voce *Colpa medica*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 153; M.L. Mattheudakis, *Scenari recenti di riforma della responsabilità penale colposa in ambito sanitario: cerchi concentrici intorno alla colpa grave*, in *Responsabilità medica* 4/2024, 447. In prospettiva di ulteriore riforma, nell’attesa delle proposte della “Commissione d’Ippolito” (*Commissione per lo studio e l’approfondimento delle problematiche relative alla colpa professionale medica*, costituita con d.m. 28 marzo 2023 presso il Ministero della Giustizia), cfr., ad es., A. Perin, *La ridefinizione della colpa penale in ambito sanitario nelle proposte di riforma dell’AIPDP*, in *BioLaw Journal*, www.biodiritto.org 2022, 353; M.L. Mattheudakis, *Scenari recenti di riforma*, cit., 461 ss.

⁴⁰ Cfr. *supra*, in questo stesso §.

Sullo “strano caso” della colpa sportiva, e sul più corretto inquadramento sistematico dei fattori di *concitazione o stress* agonistico, si permetta di rinviare a *Colpa “penale”. Misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1745 ss.; *L’evoluzione teorica della colpa penale nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *RIDPP* 2011, 1609 ss. Per una più compiuta disamina sul tema, da ultimo, S. Bonini, voce *Colpa sportiva*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 260 ss.; F. Consulich, *L’analogia dai mille volti: tramonto dell’agente modello e alba del principio di lealtà sportiva*, in *CP* 2023, 2764 ss.; G. Pontepino, “*Violenza sportiva*” e *responsabilità penale. Dalla scriminante tacita del “rischio consentito” ad un più rigoroso riscontro della “colpa”*, in www.laegislazionepenale.eu 8.11.2023, 1 ss.; V. Valentini, *Egemonia e fisionomia della colpa penale in campo sportivo*, in www.archiviopenale.it, n. 2, 2024, 1 ss.

⁴² Come avviene, invece, lo si ribadisce in via esemplificativa, nel caso del disabile abilitato alla guida o del medico specializzando, per i quali esistono statuti cautelari *ad hoc*.

⁴³ Un caso a tratti analogo è quello deciso da Cass., Sez. IV, 6.11.2003, dep. 4.3.2024, n. 10430, Guida, in *RP* 2004, 626 (di conferma della condanna per omicidio colposo del direttore di una casa di cura). Ma cfr. altresì Tribunale di Sassari, ud. 14.12.2012 (dep. 9.1.2013), n. 468, in www.sistemapenale.it 17 maggio 2013, con nota

viii) *Deficit cognitivo, linguistico, culturale, sociale o da carente scolarizzazione:*

al di là del solito e frusto esempio della “vecchietta” alle prese con le insidie della società moderna⁴⁴, si pensi a un immigrato o a un turista – con ancora scarsa dimestichezza con la lingua del paese ospitante – il quale, nel leggere il bugiardo di un farmaco, cade in un equivoco sulla corretta posologia o modalità di somministrazione dello stesso al figlio, provocandogli un’intossicazione;

oppure alla partoriente, affetta da disturbi cognitivi – benché non abbastanza intensi da rilevare sul piano dell’esclusione o diminuzione della capacità d’intendere o di volere ai sensi degli artt. 88 e 89 Cp – comunque tali da interferire con la sua concreta capacità di riconoscere «la specifica situazione di rischio per il nascituro connessa al parto imminente, e di individuare la condotta più idonea a salvaguardarne l’incolumità»⁴⁵.

ix) *Situazioni di (apparente) conflitto tra doveri contrastanti:*

due agenti della Polstrada – disattendendo l’ordine della centrale operativa di posizionarsi all’imbocco di una galleria per segnalare i pericoli rappresentati da avverse condizioni meteo (forte grandinata in corso) e dalla presenza di auto incidentate sulla carreggiata in prossimità dell’uscita della medesima – abbandonano la corretta posizione iniziale al fine di portare soccorso ai feriti presenti dal lato opposto del tunnel, così cagionando un incidente mortale dovuto all’impatto di un veicolo sopraggiunto e trovatosi improvvisamente di fronte ai predetti ostacoli⁴⁶.

di C. Sale, *Il versante innocentista dell’agente modello*. L’esito assolutorio nei confronti della responsabile di una casa di riposo e dell’assistente geriatrica (con trasmissione degli atti al p.m. al fine di valutare la posizione dei medici curanti) è motivato con riferimento alla non prevedibilità alla stregua dell’agente modello differenziato (deve ritenersi, quindi, sul piano, “anticipato”, della mancanza di tipicità soggettiva), in quanto le due imputate, pur essendo a conoscenza della patologia dell’anziana paziente (depressione maggiore), erano prive di competenze specifiche e di informazioni anamnestiche adeguate (ignoravano i pregressi tentativi di suicidio). Sul caso deciso dal Tribunale sardo, si veda anche M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1169. In generale, sulla responsabilità in ambito psichiatrico, per tutti, C. Cupelli, *La responsabilità penale dello psichiatra. Sui rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari*, Napoli 2013.

⁴⁴ Sull’abusato cliché delle troppe anziane contadine, alle prese con le insidie della vita moderna, che si aggirano ancora (in quei termini, quasi soltanto) nei manuali di diritto penale, si consenta il rinvio a quanto scritto, anche in senso ironico, in *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1733, 1750 ss.

⁴⁵ Con riferimento al *deficit mentale* dell’imputata, ricavabile da tecniche di esplorazione cerebrale, e alla sua incidenza sulla misura soggettiva della colpa (incidenza ammessa dai giudici ma poi rimasta soltanto potenziale nella decisione assolutoria), si veda Corte d’assise d’appello di Venezia, ud. 23.6.2008, Favaro, esaminato in C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale*, cit., 214 ss., 269 ss. Il caso riguardava l’accusa di omicidio (dapprima doloso, poi derubricato in) colposo di un neonato rivolta alla madre, poi assolta per le preponderanti incertezze riscontrate sui profili oggettivi della responsabilità. Il passo riportato nel testo si legge *ibidem*, 269.

⁴⁶ È il caso deciso in senso assolutorio da Cass., Sez. IV, 3.2.2009, n. 274, rv. 23442, ma sul piano dell’assenza di tipicità colposa, trattandosi a giudizio della Corte di un conflitto di doveri soltanto apparente, e dando rilievo preminente all’obbligo di prestare soccorso. Tuttavia, sembra evidente la situazione di conflitto motivazionale che ha indotto gli operatori Polstrada ad adottare una scelta inosservante della regola di cautela a mio avviso preminente (vale a dire: segnalare il pericolo all’imbocco della galleria): conflitto motivazionale che meritava apprezzamento, ma sul diverso piano dell’esclusione della colpevolezza colposa. Per la dimostrazione della correttezza sistematica della soluzione qui proposta, si deve rinviare a *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1747 ss. Il caso è utilizzato in via esemplificativa anche in M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 26. Per un precedente analogo, in cui la Corte ha ritenuto che l’agente di polizia si sia trovato «nella necessità di operare una scelta tra due condotte, entrambe corrette», la stessa ha poi concluso per la non configurabilità a suo carico di «qualsivoglia ipotesi di responsabilità, risultandone mancanti i necessari presupposti soggettivi»: così Cass., Sez. IV, 29.3.2001, n.12597, D’Amelio e altri (sulla quale, E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, cit., 4793). Ma anche in questa ipotesi la condotta corretta pare soltanto quella di segnalare il pericolo – rappresentato dalla presenza di auto incidentate all’interno del tunnel

x) *Mancato riconoscimento del rischio “qualificato” (specifico, aggiuntivo, aumentato), in funzione del breve lasso di tempo a disposizione dell’agente e/o dell’assenza di particolari “segnali di allarme”*⁴⁷:

si pensi al garante della sicurezza sul lavoro subentrato da poco nel ruolo, e comunque da un tempo non sufficiente alla concreta percezione della specifica situazione di rischio, poi concretizzatasi nell’evento (macchinario inadeguato o alterato/manomesso o prassi elusiva); oppure a quelle ipotesi in cui il garante non ha potuto riconoscere il rischio specifico consistente, per esempio, in un uso scorretto delle apparecchiature di lavoro (rischio pure in sé astrattamente prevedibile in funzione della figura modello differenziata e sulla base del relativo statuto cautelare “generale”) per la mancanza di concreti “fattori motivanti” (perché, ad esempio, non rilevato o non trasmesso dai preposti)⁴⁸.

xi) *Breve lasso di tempo per adeguarsi alla riconosciuta esigenza cautelare:*

esclusione della colpa grave del delitto di bancarotta semplice per l’amministratore delegato di una società in difficoltà economiche che, entrato in carica pochi mesi prima, non aveva rassegnato immediatamente le dimissioni, continuando nella gestione dell’impresa e così contribuendo all’aggravamento del dissesto, nel tentativo di evitare il fallimento mediante la richiesta di un aumento di capitale poi non concesso dai soci⁴⁹.

–all’imbocco della galleria, essendo del tutto “recessivo” il dovere di sollecitare la rimozione delle autovetture dalla carreggiata, per consentire la ripresa dell’ordinaria circolazione stradale. Diversamente dal caso deciso nel 2009, pertanto, non sembra qui ravvisabile un conflitto (benché apparente) tra due doveri posti sullo stesso piano.

⁴⁷ Il riferimento va a indici rivelatori, fattori motivanti, circostanze-monito, all’*Anlaß*, allo spunto, all’occasione o al motivo capace di *mediare* la riconoscibilità del rischio da parte dell’autore in carne e ossa, alle avvisaglie del pericolo, ai segnali di allarme, agli stimoli contingenti, presenti nella situazione concreta e a disposizione dell’agente, etc.: tutti fattori situazionali intesi quali presupposti del “potere” di attivare la “reazione corretta” per rispondere all’aspettativa cautelare, ammesso e non concesso che si sia identificata, a monte, una violazione del “dovere” di diligenza (sulla base del parametro “normativo” standard). Come noto, la dottrina, a partire da quella tedesca, tematizza talora la possibilità di riconoscere la situazione pericolosa tramite il riferimento al c.d. *Anlaß* (motivo, occasione), inteso, per l’appunto, quale insieme dei “presupposti della riconoscibilità” funzionali alla fondazione del “dovere di riconoscere” il rischio. Nella dottrina nostrana, fondamentale, anche su questa nozione, G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990 230 ss. (al quale si rinvia anche per i necessari riferimenti), dove la riconoscibilità, che fonda il dovere di diligenza, è parametrata alla figura modello. Pare tuttavia evidente come non si possa e non si debba prescindere – sul diverso piano del “potere di riconoscere” il rischio e del potere di adeguarsi alla pretesa cautelare – dai dati, presenti nella singola situazione in cui il soggetto è venuto a trovarsi al momento della condotta, capaci di “trasmettere” o meno la sussistenza di quel rischio “qualificato” (ossia: specifico perché aggiuntivo e aumentato rispetto al rischio “normale”). Sul generale rilievo scusante di situazioni (non codificate) di mancato riconoscimento della necessità di adottare cautele comportamentali, si veda M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1164 ss., con riferimenti e svolgimenti ulteriori. Per un’ampia riflessione sul ruolo dell’*Anlaß*, nel contesto di una ricostruzione che valorizza profili di individualizzazione sul piano della tipicità, si veda, da ultimo, C. Valbonesi, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose illecite*, Napoli, 2023, 164 ss. e *passim*. Per uno studio proteso alla valorizzazione delle scienze comportamentali per l’accertamento circa la concreta percezione degli elementi del fatto storico capaci attivare il percorso preventivo, si veda, in particolare, F. Centonze, *Per un diritto penale in movimento. Il problema dell’accertamento del “coefficiente minimo di partecipazione psichica del soggetto al fatto”*, cit., 1626 ss., in part. 1641 ss.

⁴⁸ Sull’innovativo orientamento “assolutorio” maturato nell’ultimo lustro in tema di responsabilità dei garanti della sicurezza sul lavoro, si tornerà più avanti (*infra*, § 7). Per tutte, a titolo esemplificativo, Cass., Sez. IV, 8.10.2020, dep. 13.1.2021, n. 1096, V., in *GI* 2021, 2218 (ruolo di preposto assunto da pochi giorni e inesigibilità della conoscenza della prassi scorretta).

⁴⁹ Soluzione di esclusione della responsabilità adottata meritoriamente da Cass., Sez. V, 7.6.2006, n. 172, Vianello, proprio valorizzando, ai fini dell’accertamento della colpevolezza – in relazione alla colpa grave richiesta per la fattispecie di bancarotta semplice (art. 217, co. 1, n. 4, l.fall.) – il breve lasso di tempo trascorso prima che l’amministratore, riscontrato il rifiuto di sottoscrivere l’aumento di capitale da parte dei soci, rassegnasse infine

xii) *Inesigibilità concreta di un controllo continuo da parte del garante circa il rispetto delle prescrizioni di sicurezza:*

si pensi al datore di lavoro o al dirigente, con riferimento a comportamenti scorretti dei lavoratori, benché gli stessi siano regolarmente formati e istruiti su quel rischio specifico, oppure, anche in assenza di formazione/informazione specifica, allorquando si tratti di un rischio generico e da tutti percepibile o quantomeno percepibile da un lavoratore esperto⁵⁰.

xiii) *Inesigibilità concreta di un intervento immediato:*

incidente stradale mortale concausato dal mancato ripristino immediato della illuminazione pubblica da parte dell'addetto comunale, che pure aveva appena individuato il guasto⁵¹.

Va da sé che il catalogo qui ipotizzato non è esaustivo, e potrebbe arricchirsi di fattori di distorsione ulteriori⁵².

Ciò che conta sottolineare è che questi fattori *situazionali* o *personali* di individualizzazione del giudizio di colpa – ed altri analoghi – rilevano alla stregua di indici (negativi) di rimproverabilità o di colpevolezza, quindi come fattori potenzialmente disculpanti o rilevanti quantomeno in sede di commisurazione della pena.

La possibilità di attribuire rilevanza a fattori di individualizzazione, attinenti alla inesigibilità o (in funzione commisurativa) alla ridotta esigibilità della pretesa cautelare per *quel* soggetto in *quella* concreta contingenza, è tuttavia esclusa se la situazione di “scarto” rispetto al modello normativo, in cui si è venuto a trovare l'agente, sia comunque rimproverabile al soggetto stesso, secondo i canoni della *colpa per assunzione*⁵³.

le dimissioni. Per una più ampia esposizione del caso, si può consultare *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1738.

⁵⁰ Si veda ad es. – ma anche sul punto si dovrà tornare (*infra*, § 7) – Cass., sez. IV, 16.4.2019, n. 32507, Romano, *caso dell'operatore ecologico*: esclusione della responsabilità del datore per mancato controllo, con riguardo all'operaio caduto rovinosamente nel tentativo di compiere l'operazione (espressamente vietata) di aggrapparsi al veicolo in movimento anziché salire a bordo come prescritto; Cass., Sez. III, 4 aprile 2024, n. 13653, *caso del boscaiolo*: annullamento mediante rinvio della sentenza di condanna del datore di lavoro, in quanto la stessa non s'era confrontata in maniera completa con i rilievi già mossi dalla sentenza rescindente della Sez. IV, ritenendo in particolare necessario verificare in concreto il grado di esigibilità della condotta informativa e del conseguente onere di controllo in capo al datore.

⁵¹ Un caso analogo è quello trattato da Trib. di Cassino, 9.10.2023, n. 1541, riguardante l'assoluzione del titolare della ditta appaltatrice del servizio di manutenzione della rete della illuminazione elettrica pubblica, per l'inesigibilità del ripristino immediato.

⁵² L'allargamento potrebbe estendersi anche in direzione della persona giuridica a proposito della colpa di organizzazione. Si pensi, in via esemplificativa, all'ipotesi che segue: xiv) *Breve lasso di tempo a disposizione per adeguare il modello organizzativo di un ente collettivo*: una società, a seguito della introduzione di una nuova fattispecie nel catalogo 231, non ha ancora adattato in maniera corrispondente il modello organizzativo al momento, di poco successivo, in cui si realizza il reato presupposto. Cfr. C.E. Paliero, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 68. Per il riconoscimento di un accentuato parallelismo tra colpa individuale e colpa di organizzazione, si vedano le motivazioni della sentenza emessa dalla Cass., Sez. VI, 11.11.2021, dep. 15.6.2022, n. 23401, *caso Impregilobis*, sulla quale cfr. G. De Simone, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, in *GI* 2022, 2758 ss.; C. Piergallini, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda “Impregilo”*, in *DPenCont*, n. 2, 2022, 76 ss.

⁵³ Per una approfondita trattazione aggiornata, N. Pisani, voce *Colpa per assunzione*, in *ED – I tematici*, II, *Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 233 ss. In precedenza, in sede monografica, Id., *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche*, Napoli 2012. Cfr. anche C. Brusco, *La colpa penale e civile*, 322 ss., in part. 326 ss.; E. Di Salvo, *Principio di esigibilità e responsabilità a titolo di colpa*, cit., 4794 ss.

6. - Questa esigenza di complessiva rivitalizzazione dei profili *più* soggettivi – personalistici, individualizzanti, e, in fondo, “umanistici” – del reato colposo pare trovare progressivi riconoscimenti nelle ricerche degli ultimi decenni sul tema, benché secondo percorsi differenziati⁵⁴ anche sul piano delle opzioni sistematiche⁵⁴.

Non mancano, però, perplessità e persino contrarietà, avanzate anche da una parte autorevole della dottrina, benché tutto sommato forse minoritaria, su questa possibile rivitalizzazione del profilo soggettivo/individualizzante della colpa. Questi disaccordi dottrinali possono essere riassunti, in maniera forse fin troppo schematica, come segue.

Pur nella comune e condivisa diagnosi degli effetti negativi riconducibili al deficit di colpevolezza, la dottrina appare ad oggi divisa tra:

i) orientamenti ancora rigidamente normativistici o comunque indifferenti alla dimensione individualizzante;

ii) orientamenti – che sembrano assumere un peso via via crescente – decisamente propensi a rivitalizzare i profili soggettivi e individualizzanti della colpa, muovendosi, però, a seconda delle ricostruzioni, su piani sistematici differenti: la tipicità colposa oppure la colpevolezza colposa;

iii) orientamenti apertamente diffidenti verso tali tendenze rivitalizzanti della colpevolezza colposa, sulla base di (per vero non insuperabili) preoccupazioni legate al timore che alle stesse sia legato il rischio di una sorta di legittimazione di quelle derive applicative che hanno sin qui avuto per effetto di svuotare di contenuto il tipo colposo sul piano normativo-oggettivo.

Tralasciamo i già criticati orientamenti rigidamente “normativistici”, quelli *sub i)*⁵⁵. Veniamo, invece, a quelli *sub ii)*, cominciando dalle ricostruzioni propense, sì, a rivitalizzare la dimensione di individualizzazione della colpa, ma già sul piano della tipicità soggettiva⁵⁶. In

⁵⁴ Pur con non marginali differenze anche di ordine sistematico circa la collocazione della componente di “umanizzazione” della colpa, dopo il noto e risalente contributo di G.V. De Francesco, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977/78, 275, cfr., nella nostra dottrina, anche con riferimenti a quella d’Oltralpe: M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano 1991, 593 ss. e Id. *Teoria del reato. Una Introduzione*, Padova 1996, 348 ss. (contributi che rappresentano, probabilmente, in contrapposizione alle concezioni ultra-normative, le prime nette proposizioni della questione nei termini – anche qui difesi – della necessità di riconoscere nella colpa anche il versante di individualizzazione); poi Id., *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in M. Donini, R. Orlandi, a cura di, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 231 ss. (ma con sensibili differenze di impostazione rispetto alle pagine degli anni Novanta); D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit. (2009), 365 ss., 462 ss.; Id., *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit. (2013), 1723 ss.; A. Canepa, *L’imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino 2011, 195 ss.; A. Di Landro, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, cit., 230 ss., 266 ss.; M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 293 ss. Sul piano manualistico, l’impostazione che ritengo più chiaramente prossima a quella qui difesa e ribadita, si rinvia (sin dalla prima edizione del 2007) nel capitolo sulla colpa contenuto in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*², cit., 459 ss. (in part. 464, 468 s., 491 ss.). In termini analoghi anche S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *IP* 2012, 21 ss. Per una rimediazione recente, G. De Francesco, *In tema di colpa*, cit., 21 ss. Per una sintesi generale della questione, con approdi differenziati: C. Piaggolini, voce *Colpa (diritto penale)*, cit., 244 ss.; M. Grotto, voce *Scusanti della colpa*, cit., 1153 ss.; e, volendo, D. Castronuovo, voce *Colpa penale*, cit., 200 ss.

⁵⁵ Quelli, in sostanza, che pur identificando la colpa nella mera inosservanza della regola di cautela, esaurendone il contenuto in una entità tutta fattuale ed oggettiva, dal punto di vista della collocazione sistematica, la descrivono comunque, in maniera singolare, (soltanto) come *elemento della colpevolezza*.

⁵⁶ Pur essendo minoritaria, la dottrina della individualizzazione della colpa già sul piano del fatto illecito (*Unrecht*), è patrocinata da diversi esponenti nella dottrina di lingua tedesca, tra i quali: G. Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, New York 1972, 64 ss.; Id., *Strafrecht. AT*², Berlin, New York 1993, Abschnitt 9, n.m. 1 ss., 5 ss., 8 ss.; G. Stratenwerth, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *FS H.-H. Jescheck*, Berlin 1985, 285 ss. (disponibile anche nella tr. it.: *L’individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo*, in *RIDPP* 1986, 635 ss.); E. Samson, *Anh. Zu*

sostanza, si propone – in un’eterna attività di spostamento dei mobili nella stanza, secondo la nota *metafora Ikea* della teoria del reato – di far rilevare gli indici di “soggettivazione” già sul piano della tipicità (tipicità soggettiva o illecito soggettivo come contenitore unico) e non su quello della colpevolezza⁵⁷.

Personalmente mi riconosco, come oramai sarà chiaro, nelle sollecitazioni dottrinali orientate a irrobustire la dimensione individualizzante del giudizio di colpa *in sede di colpevolezza*.

Perché nella colpevolezza e non nella tipicità?

Per farla molto breve, per due ragioni.

Anzitutto, perché, sul piano della coerenza teorica, mi pare dotata di maggiore esattezza una ricostruzione in cui i fattori individualizzanti, quelli, cioè, riguardanti la colpa come *regola di giudizio* (c.d. misura soggettiva della colpa), non interessino la tipicità oggettivo-soggettiva (c.d. misura oggettiva della colpa), la quale ha pur sempre la funzione di rappresentare una *regola di comportamento* preventivo-cautelare rivolta a tutti (per lo meno: a tutti gli appartenenti alla cerchia sociale di riferimento, ricavata sulla base della differenziata e specifica attività svolta in concreto dall’agente reale): una regola di comportamento che, se individualizzata nel momento della valutazione di tipicità, rischierebbe di perdere la sua capacità “conformativa”⁵⁸.

§ 16, in H.-J. Rudolphi, E. Horn, E. Samson, H.-L. Günter, A. Hoyer, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, Neuwied, Krißtel 1989, 75 ss. (n.m. 10, 13 s.). Cfr., inoltre, A.R. Castaldo, “*Non intelligere, quod omnes intelligunt*”. *Objektive Zurechnung und Maßstab der Sorgfaltswidrigkeit beim Fahrlässigkeitsdelikt*, München 1992, *passim*; Id., *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts*, in GA 1994, 495 ss., in part. 503 ss.; J. Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen 1997, 241 ss.; A. Kremer-Bax, *Das Personale Verhaltensunrecht bei der Fahrlässigkeitstat. Zur Individualisierung des Bewertungs-gegenstands*, Frankfurt a.M. 1999, 65 ss., 83 ss., 100 ss., 129 ss.; H.H. Lesch, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln 1999, 251 ss.; G. Duttge, *Einflüsse der Rechtsphilosophie auf die Strafrechtsdogmatik – am Beispiel des (individualisierten) Fahrlässigkeitsunrecht*, in F. Loos, J.-M. Jehle, *Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren*, Heidelberg 2007, 169 ss. Con accenti peculiari, cfr. anche, in “ambiente finalistico”, E. Struensee, *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, in *Juristen Zeitung*, 1987, 53 ss. In senso contrario, come detto, la dottrina maggioritaria: cfr., per es.: M. Maiwald, *Zum Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit*, in FS E. Dreher, Berlin 1977, 449 ss.; C. Roxin, *Strafrecht. AT*, I⁴, München 2006, § 24, n.m. 53-65. Da noi, in senso contrario, ad es., G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 294 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, cit., 156 ss.

⁵⁷ Oltre agli studi già menzionati di A. Castaldo (in particolare, Id., *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikts*, cit.), in tempi più recenti si vedano: M. Donini, *L’elemento soggettivo della colpa. Garanzia e sistematica*, cit., 231 ss.; Id., *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 7 ss., 9 ss., 11 ss., 17 ss., 19 ss., 22 s., 23 ss. (colpa soggettiva già al livello del fatto illecito in virtù del riferimento all’*homo eiusdem* differenziato; e ulteriore individualizzazione al cospetto di vere situazioni scusanti da inesigibilità); A. Canepa, *L’imputazione soggettiva della colpa*, cit., *passim*; nonché, da ultimo, con grande ampiezza di argomenti, K. Summerer, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Torino 2024, *passim*. Per ricostruzioni sistematiche peculiari, si vedano A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, *passim* e 341 ss. (misura unica e “oggettiva” di colpa); C. Valbonesi, *Prima tipicità della condotta colposa*, cit., 233 ss. e *passim* (centralità del «riconoscimento della situazione di rischio quale momento di tipicità soggettiva nella misura oggettiva»).

⁵⁸ In questo senso, una volta che si sia concordi, come oramai pare il caso, sulle modalità di ricostruzione della figura modello, ossia come *homo eiusdem*, vale a dire come “agente modello (necessariamente) differenziato”, si deve considerare che quel parametro è, sì, (più) “soggettivo”, ma pur sempre “normativo” (è un parametro oggettivo-soggettivo del fatto illecito), non ancora individualizzato (sul piano della colpevolezza). Un parametro che deve pur sempre avere la capacità conformativa tipica delle “regole di condotta”, sebbene ritagliate su quella differenziata tipologia (medico specializzato: es. cardiologo) di appartenente a quella classe di soggetti (es. medici). L’unica correzione possibile a questo livello è, semmai, quella delle conoscenze (“causali”) superiori, qualora incidano in concreto su riconoscibilità/riconoscimento del rischio o su prevedibilità/previsione dell’evento. La verifica sulla violazione della regola che, in ipotesi, avrebbe seguito il medico specializzato (una regola già in questo senso “soggettivata” in base al parametro di riferimento), non esaurisce ancora la possibilità

Inoltre, perché, sul piano euristico, è un messaggio teorico e sistematico più semplice e, come vedremo, oramai fatto proprio anche dalla giurisprudenza. Al di là della giustezza delle nostre elaborazioni teoriche, ciò che pragmaticamente dovrebbe orientare a preferirne una piuttosto che un'altra consiste anche nella maggiore capacità (euristica) di offrire una soluzione accettabile a una quota significativa di problemi.

Quanto ai riflessi giurisprudenziali delle teoriche qui menzionate, la *doppia misura della colpa*, dopo anni di recepimento “incerto” da parte della prassi, comincia a funzionare anche nelle aule di giustizia, specie (ma non solo) quelle in cui operano i giudici di legittimità: misura oggettivo-soggettiva, al livello del fatto illecito; misura soggettivo-individualizzante, al livello della colpevolezza. In questo modo, sul piano della tipicità, la colpa è violazione della *regola di comportamento*; sul piano della colpevolezza, *regola di giudizio*⁵⁹.

Al lato opposto, come dicevo, sta l'orientamento *sub iii*), rappresentato, in sostanza, da coloro che invitano a “non perdere tempo” con questioni di misura soggettiva o di colpevolezza colposa: perché sostanzialmente inutili, e anzi dannose alla causa di una rivitalizzazione dello statuto costituzionale della colpa, che soffre di una rilevante indeterminatezza sul piano del fatto tipico.

Queste posizioni ostili alla rivitalizzazione della componente di individualizzazione – in quanto si ritiene che la colpevolezza colposa sia una chimera che al più avrà un eventuale ruolo *indulgenziale* in casi limitatissimi – producono gli stessi esiti ultra-normativi e iper-oggettivi delle ricostruzioni *sub i*). E manifestano, come si vedrà fra un momento, preoccupazioni destituite di fondamento perché smentite dalla giurisprudenza più recente. Basti in sintesi ricordare che, autorevolmente, si assume, in particolare, che la misura soggettiva e la colpevolezza colposa potrebbero tutt'al più qualificarsi come momenti di un eventuale esercizio di mera “benevolenza” o “indulgenza” del giudice, destinata così a giocare – si teme – una sorta di funzione “compensativa” del consistente difetto di determinatezza denunciato dalla colpa sul piano della misura oggettiva⁶⁰.

Queste preoccupazioni meritano di essere prese sul serio. Non prima, però, di aver dato conto degli sviluppi recenti della giurisprudenza sul tema.

7. Negli ultimi tempi, le sollecitazioni in senso individualizzante (*la colpa anche come colpevolezza* e non soltanto come violazione di una regola) trovano sensibilità crescenti in giurisprudenza⁶¹. E – lo anticipo – non pare che questa incipiente valorizzazione applicativa

di soggettivare ulteriormente sul piano della individualizzazione: là dove può avere rilievo, quale “regola di giudizio”, una serie di fattori dai quali desumere la inesigibilità in concreto per quel soggetto di incarnare il parametro di riferimento (eventualmente arricchito delle conoscenze “causali” superiori): ad esempio, per le condizioni specifiche e anomale in cui ha prestato la sua attività. Quanto alle minori capacità, esse rilevano al livello del fatto illecito se sono standardizzabili in un agente modello differenziato (automobilista neopatentato, medico specializzando): altrimenti sono da valutare, ma solo eventualmente, in sede di colpevolezza, sempre che non si identifichi una ipotesi di colpa per assunzione del rischio.

⁵⁹ Cfr. M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 19 ss., 23 ss. Ma già Id., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, cit., 457, 593 ss.

⁶⁰ F. Giunta, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. Donini, R. Orlandi, a cura di, *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna 2013, 69 ss. Sulla stessa falsariga, M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, cit., 291 ss.; C. Piergallini, *Colpa (diritto penale)*, cit., 244; C. Valbonesi, *Prima tipicità della condotta colposa*, cit., *passim*; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale*, cit., 341 ss.: quest'ultimo A., all'esito di una ricostruzione assai interessante, distingue – ma in maniera qui non condivisa – tra “concretizzazione”, da svolgersi alla luce di dati situazionali, e “individualizzazione”, ritenuta invece non necessaria, proponendo una «esigibilità oggettiva» rilevante al livello di una «misura unica e oggettiva di colpa».

⁶¹ Lo si notava già in *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *GI* 2021, 2219; e poi nella voce *Colpa penale*, cit., 229 s.

della dimensione di individualizzazione stia avvenendo *a spese di un ulteriore affievolimento della dimensione di tipicità colposa*, la quale, semmai, soffre di criticità croniche: dovute, in particolare, alla struttura “aperta” della fattispecie colposa, come sua *quintessenza normativa*⁶². Segni di una sensibilità verso la “soggettivazione” erano rintracciabili, per la verità, anche nella giurisprudenza meno recente, a partire dall’ultimo decennio del secolo scorso, benché in sentenze assai rare – ma comunque significative – rese soprattutto in casi di responsabilità del medico e riguardanti ipotesi di “speciale difficoltà” della prestazione richiesta dalla situazione concreta.

In virtù degli esiti “assolutori” raggiunti, tale casistica più risalente poteva far supporre una maggiore propensione applicativa ad individualizzare il giudizio di colpevolezza colposa – o almeno a rendere accertamenti maggiormente concretizzati e incentrati sulle circostanze situazionali – *soprattutto in ipotesi di colpa grave*: spesso utilizzando, come regola di giudizio, la disposizione civilistica dell’art. 2236⁶³. Il riscontro giudiziale (dell’assenza) della misura soggettiva si mostrava, in sostanza, pur sempre assai raro, ma non del tutto eccezionale, in contesti caratterizzati dal rilievo normativamente attribuito alla colpa grave: così, essenzialmente, in ambito medico, valorizzando, in precedenza, l’art. 2236 Cc⁶⁴; oppure, per la bancarotta semplice, in virtù dell’art. 217 LFall.⁶⁵. E ciò contrariamente a quanto accade, ad esempio, nell’ambito dell’infortunistica lavorativa o stradale, dove il livello della colpa penalmente rilevante si attestava, e si attesta, sempre su una colpa lieve o anche lievissima. Come risaputo, nel contesto della responsabilità professionale del medico, la maggiore propensione di parte della giurisprudenza ad individualizzare il giudizio si è sviluppata, nel corso del tempo, dapprima mediante ricorso (per lo più indiretto) al canone civilistico dell’art. 2236 Cc, e quindi a una limitazione della responsabilità, in casi di speciale difficoltà, alla sola imperizia grave; e, successivamente, sulla base delle innovazioni introdotte dapprima con il decreto Balduzzi nel 2012 e cinque anni più tardi con la legge Gelli-Bianco (in quest’ultimo caso, alla luce della nota “correzione interpretativa” fattane dalle Sezioni unite)⁶⁶.

⁶² Anzi, in qualche pronuncia, lo si vedrà, i giudici mostrano di maneggiare con piena consapevolezza i diversi momenti sistematici della ricostruzione (i) del fatto illecito, consistente nell’inosservanza cautelare, e (ii) della colpevolezza colposa, riguardante la c.d. misura soggettiva. Così è in quei casi in cui, alla affermazione di responsabilità per uno o più imputati, segue un giudizio differenziato, per altri imputati, sulla base ora dell’assenza di colpevolezza, ora, invece, del difetto radicale di comportamento inosservante (*infra*, in questo §, con riferimento al caso dell’*addetta alle pulizie*, nonché e soprattutto al caso dello *schiacciamento della mano in una calandra*).

⁶³ Art. 2236 c.c. (Responsabilità del prestatore d’opera): «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d’opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave». Sulle diverse stagioni della scoperta, della «resurrezione» e della «trasfigurazione» del parametro dell’art. 2236 c.c., cfr., per tutti, M. Caputo, voce *Colpa medica*, cit., 163-169.

⁶⁴ Cass., Sez. IV, ud. 29 settembre 1997, n. 1693, Azzini: un caso di colpa medica (già discusso dal sottoscritto in precedenti contributi; ripreso anche in M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo*, cit., 25; e in S. Prandi, *L’inesigibilità nel prisma della colpa*, cit., 1048 s., nota 57) in cui si valuta come lieve l’imperizia del chirurgo, a fronte di una situazione di speciale difficoltà dell’intervento e, insieme, di emergenza e concitazione emotiva (caso c.d. del cercine); Cass., Sez. IV, ud. 5 aprile 2011, n. 16328, Montalto, pure relativo a un caso di colpa del medico con esiti “assolutori”.

⁶⁵ Cfr. Cass., Sez. V, ud. 7 giugno 2006, n. 172, Vianello: un caso di bancarotta semplice in cui la Corte valorizza il dato situazionale del breve lasso di tempo in cui l’imputato ha rivestito il ruolo di amministratore della società, prima di rassegnare le dimissioni una volta appurato che il tentativo di aumento del capitale non aveva avuto successo.

⁶⁶ Sulle ambiguità sollevate specialmente dall’ultimo intervento del legislatore, e sulla lettura “ortopedica” datane da Cass. S.U. ud. 21.12.2017, dep. 22.2.2018, n. 8770, Mariotti, cfr., tra gli altri possibili riferimenti: C. Cupelli, *L’art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un’interpretazione “costituzionalmente conforme” dell’imperizia medica (ancora) punibile*, in *DirPenCont*, n. 3, 2018, 246 ss.; F. Palazzo, *La colpa medica: un work in progress*, in www.giustiziansieme.it 11.11.2020; M. Caputo, voce *Colpa medica*, cit., 177 ss.

A fronte di questa sparuta ma interessante casistica, poco più di una decina di anni fa ritenevo, forse un po' troppo pragmaticamente, che la *colpa grave* fosse il campo d'elezione – il terreno non esclusivo, ma certamente quello privilegiato – per l'individualizzazione del giudizio di colpa⁶⁷.

E invece mi sbagliavo.

Specialmente nella giurisprudenza di legittimità dell'ultimo lustro, a partire quindi dal 2019, si è delineato un orientamento “sogettivante” della Quarta Sezione, incline, in altri termini, a valorizzare – non soltanto in termini di ricostruzione teorica, bensì in funzione di concreta esclusione della responsabilità – la “misura soggettiva” anche in contesti in cui non è riproducibile la limitazione legata al grado della colpa, come quello della *sicurezza del lavoro*. Un settore di responsabilità penale, quello lavoristico, ad alta densità di regole formalizzate⁶⁸, la cui inosservanza conduce spesso a un'applicazione dei canoni della colpa specifica secondo moduli schiettamente oggettivanti, per lo più inclini ad applicare formule automatiche di imputazione dell'evento, replicanti modelli occulti di responsabilità oggettiva⁶⁹.

Ebbene, in questi contesti di rischio – che si direbbero strutturalmente “ostili” a una soggettivazione della colpa – iniziano ad esservi pronunce innovative nelle quali *il richiamo all'inesigibilità (della condotta rispettosa del dovere oggettivo di diligenza) porta all'annullamento della condanna del “garante”*. A tale esito si giunge mediante valorizzazione di alcuni dei fattori di individualizzazione del giudizio già veduti sopra, e in particolare di dati situazionali-personali – capaci di incidere, a seconda dei casi, sul piano cognitivo o esecutivo – come, ad esempio: *il breve lasso di tempo* trascorso da quando il soggetto ha assunto la posizione di garanzia; *l'impossibilità in concreto di un controllo continuo e diretto* sui lavoratori; *l'impossibilità in concreto di un intervento immediato*⁷⁰.

Nel contesto della sicurezza del lavoro, uno dei primi casi di chiara utilizzazione in senso “assolutorio” della verifica circa la misura soggettiva della colpa sembra rinvenibile, per vero, già nella sentenza resa dalla Suprema Corte sul *caso Montefibre-bis* nel 2016-2017. La vicenda riguardava l'omicidio colposo plurimo derivante da esposizione lavorativa ad amianto, presente nello stabilimento – dedicato alla produzione di nylon – quale materiale da coibentazione⁷¹. L'annullamento è motivato (anche) sulla base del mancato accertamento da parte del giudice di merito della «colpa in senso soggettivo». La Corte d'appello, secondo la Cassazione, aveva erroneamente ritenuto la colpa dei “garanti” dopo aver compiuto un accertamento limitato al solo piano “oggettivo”, con riferimento: *i)* alla violazione di norme cautelari; *ii)* alla prevedibilità *ex ante* degli eventi mortali; *iii)* alla loro evitabilità. Era invece mancato l'accertamento della colpa “soggettiva” di ciascun garante in rapporto agli specifici

⁶⁷ Si veda *La colpa “penale”: misura soggettiva e colpa grave*, cit., 1737 (in part. il § 3: *La colpa grave come categoria più “aperta” a forme di individualizzazione del giudizio*).

⁶⁸ Su fonti e struttura delle regole di cautela e sul ruolo della valutazione dei rischi lavorativi, si veda, per tutti, V. Torre, *La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*³, Torino 2023, 37 ss.

⁶⁹ Volendo, D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, *ibidem*, 367 ss.

⁷⁰ *Supra*, § 5, rispettivamente *sub xi*, *xii*) e *xiii*).

⁷¹ Cass., Sez. IV, ud. 3.11.2016, dep. 14.3.2017, n. 12175, Bordogna et al. (rel. Dovero), in part. 57 ss. La pronuncia è stata esaminata in dottrina specialmente sul piano dell'imputazione del nesso di causalità: cfr., per es., S. Tordini Cagli, *Esposizione ad amianto, leggi scientifiche ed accertamento del nesso causale: ancora nessuna certezza*, in www.archiviopenale.it, n. 1, 2018, 1 ss. La sentenza *Montefibre-bis* rappresenta l'applicazione – ma, questa volta, in chiave di annullamento della precedente condanna – di principi già chiaramente formulati (sul piano teorico astratto) in Cass. S.U. 24.4.2014, dep. 18.9.2014, n. 38343, Espenhahn (rel. Blaiotta), relativa al *caso ThyssenKrupp*, in part. § 26. Cfr. altresì: Cass., Sez. IV, 19-20.11.2015, dep. 24.3.2016, n. 12478, Barberi et al., *caso Commissione Grandi Rischi* (rel. Dell'Utri e Dovero); Cass., Sez. IV, 22.2.2018, dep. 18.5.2018, n. 2022, *caso del cantiere navale di Monfalcone* (rel. Cappello).

eventi contestati, non essendo state considerate, in punto di “esigibilità” del rispetto delle cautele doverose, le allegate circostanze riguardanti la possibilità o meno di uniformarsi al precetto cautelare sulla base delle personali capacità del garante stesso e del contesto in cui si era trovato a operare.

Successivamente, come anticipato, in non poche pronunce emanate dalla stessa Quarta Sezione a far data dal 2019, si dà rilievo “scusante” a fattori soggettivo-individuali e situazionali che rappresentano un ostacolo alla *concreta e individuale riconoscibilità del rischio specifico* da parte del “garante” di turno: rischio spesso riconducibile, in queste vicende, a una prassi operativa scorretta da parte dei lavoratori, poi causativa dell’evento.

In assenza di elementi in grado di “trasmettere” la possibile percezione di un *rischio qualificato* (specifico, aumentato, aggiuntivo), l’evento lesivo, cagionato dall’inosservanza oggettivamente riscontrabile, pure in sé prevedibile da parte della figura modello, diviene non prevedibile (e quindi non evitabile) per il garante concreto, colto in quella precisa dinamica etiologica, la quale si presenta come non conosciuta né ragionevolmente conoscibile in considerazione di un fattore individuale-situazionale-temporale.

Limitandosi alle sentenze con esiti, per così dire, “assolutori”, si vedano le pronunce della Cassazione riportate di seguito in ordine cronologico⁷².

a) *Caso della macchina “spezzonatrice”*: l’annullamento con rinvio della condanna della figura datoriale è fondato sul mancato accertamento della conoscenza effettiva o quantomeno della conoscibilità dell’utilizzo improprio della macchina da parte dei lavoratori (ovverosia con le protezioni rimosse): una verifica processuale, quest’ultima, ritenuta dalla Corte imprescindibile al fine di evitare di porre in capo al garante una responsabilità penale “da posizione” sconfinante nella responsabilità oggettiva⁷³.

b) *Caso dell’operatore ecologico*: un operaio, durante lo svolgimento della raccolta dei rifiuti, si procurava una lesione mortale cadendo rovinosamente dal camion a seguito del suo stesso comportamento scorretto, consistito nell’aggrapparsi al veicolo in movimento sebbene sprovvisto di pedana. Si trattava di un rischio contemplato nel DVR e di un comportamento espressamente proibito, rispetto al quale quello stesso lavoratore era già stato ammonito dal caposquadra. Pur scontando qualche ambiguità nelle battute finali della motivazione, la decisione “assolutoria” (annullamento senza rinvio perché il fatto non costituisce reato) sembra potersi intendere come segue: ipotizzata come unica cautela violata nel caso di specie quella riferibile all’*omessa vigilanza* con riferimento a tale *prassi operativa pericolosa* e inosservante, in assenza della certezza circa (quantomeno) la conoscibilità della medesima prassi da parte del garante (datore di lavoro), i giudici hanno ritenuto difettasse l’esigibilità di una sorveglianza diretta e continua⁷⁴.

⁷² Non secondario rilevare come si tratti di sentenze – tutte, tranne una, della Quarta Sezione – aventi relatori per lo più diversi. Tra le sentenze di merito, si vedano, per es.: Trib. Firenze, 7.1.2019, in www.diepi.it 26.10.2020, con nota di V. Torre, *Datore di lavoro e misura soggettiva: assolto l’amministratore delegato di una S.r.l. per inesigibilità del comportamento conforme alla regola cautelare; effetti favorevoli per l’ente*; nonché la già menzionata pronuncia del Trib. Cassino, 9 ottobre 2023, n. 1541, in www.deiure.it, in tema di circolazione stradale: conducente assolto per il dubbio sull’evitabilità dell’evento a mezzo del comportamento alternativo lecito; titolare della manutenzione della linea elettrica assolto, invece, per l’inesigibilità del ripristino immediato della linea stessa.

⁷³ Cass., Sez. IV, 3.4.2019, dep. 15.5.2019, n. 20833, Stango (rel. Pavich).

⁷⁴ Cass., Sez. IV, 16.4.2019, dep. 22.7.2019, n. 32507, Romano (rel. Di Salvo).

c) *Caso del macchinario per cesoiatura-punzonatura*: la vicenda riguarda l'infortunio mortale subito dall'operaio – addetto al quadro comandi di una macchina per la cesoiatura-punzonatura di fogli metallici – che, per rimediare all'inzeppamento del meccanismo, si era introdotto nell'area pericolosa attraverso un cancelletto realizzato abusivamente anziché l'apposito varco protetto, munito di fotocellule di blocco. I giudici di legittimità hanno accolto il ricorso del garante facendo applicazione del principio di diritto secondo il quale «non può essere ascritta al datore di lavoro la responsabilità per l'evento lesivo o letale per culpa in vigilando qualora non venga raggiunta la certezza della conoscenza o della conoscibilità, da parte sua, di prassi incaute, neppure sul piano inferenziale (ossia sulla base di una finalizzazione di tali prassi a una maggiore produttività) [...]». In assenza di tale accertamento, infatti, «non è ravvisabile la colpa del datore di lavoro, sotto il profilo dell'esigibilità del comportamento dovuto»⁷⁵.

d) *Caso della macchina sega-ossi*: un lavoratore addetto al reparto macelleria di un supermercato si procura una ferita mediante l'utilizzo scorretto, frutto di prassi inveterata, di una macchina sega-ossi, eludendo il dispositivo di sicurezza regolarmente installato. La responsabilità del neo-direttore del punto vendita – che aveva assunto da soli cinque giorni anche la qualifica di “preposto di fatto” essendo in ferie al momento dell'infortunio il capo-reparto macelleria – è esclusa sulla base dell'inesigibilità di una specifica condotta di vigilanza e sul mancato accertamento della conoscenza effettiva o potenziale della prassi elusiva⁷⁶.

e) *Caso del mancato uso del copricapo (in una giornata calda e assolata)*: esclusa la responsabilità datoriale a titolo di omicidio colposo per mancata vigilanza sull'uso effettivo da parte dell'operaio edile di un elmetto regolarmente fornito (e sull'avvenuta assunzione di sostanze alcooliche), sotto il profilo della inesigibilità del comportamento dovuto, essendo necessario accertare la conoscenza della prassi elusiva o della sua colposa ignoranza⁷⁷.

f) *Caso dell'addetta alle pulizie*: l'annullamento senza rinvio è fondato sulla formula “perché il fatto non sussiste” e dipende dal mancato riscontro della violazione di una regola cautelare da parte della responsabile d'area e delegata di funzioni antinfortunistiche di un'impresa di grandi dimensioni. L'inosservanza non è stata infatti rinvenuta nell'omessa fornitura, all'addetta alle pulizie, di dispositivi di protezione individuale (guanti anti-taglio, esclusi per

⁷⁵ Cass., Sez. IV, 3.12.2020, 21.12.2020, n. 36778, G.C. (rel. Pavich), anche richiamando le già menzionate pronunce riferibili al *caso della macchina spezzonatrice* e al *caso dell'operatore ecologico*.

⁷⁶ Cass., Sez. IV, 8.10.2020, dep. 13.1.2021, n. 1096, V. (rel. Dawan) in *GI* 2021, 2218 (con mia nota dal titolo: *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, cit., 2219 ss.). Per un caso in tutto sovrapponibile, di utilizzo scorretto della *macchina sega-ossi* con protezione disabilita, seguendo ancora una volta una prassi elusiva, ma con esito opposto di inammissibilità del ricorso dell'imputato, si veda Cass., Sez. IV, 26.1.2021, dep. 15.2.2021, n. 5796 (rel. Tanga): la pronuncia va in realtà considerata come una conferma dell'orientamento qui discusso, essendo stata accertata, nel caso esaminato, la conoscenza effettiva della prassi scorretta da parte del preposto: «Nulla, poi, è emerso che possa lasciar presumere che il rispetto delle norme cautelari violate non fosse concretamente esigibile dal ricorrente, nelle condizioni date. [...] è emerso che la manovra di utilizzo della macchina senza l'apposita protezione era abituale per [la persona offesa] e per i suoi colleghi, nonché visivamente constatata dall'imputato, il quale mai aveva sollevato obiezioni, né tantomeno imposto un corretto utilizzo della stessa». Cfr. anche Cass., Sez. IV, 7.11.2019, 3.1.2020, n. 54 (rel. Dovere), con esito di inammissibilità, nonostante il richiamo al medesimo principio di diritto: la pronuncia riguarda un infortunio derivato da una scorretta prassi operativa, consistita nella *disattivazione delle fotocellule di arresto dell'impianto* durante le operazioni di trasferimento di una lastra di travertino dalla macchina levigatrice a quella stuccatrice. La ritenuta responsabilità del datore è fatta però derivare dal fatto che, in quel caso, la prassi era tollerata («circostanze non contestate nemmeno dal ricorrente») e sul riscontro concreto dell'omesso svolgimento delle funzioni di vigilanza.

⁷⁷ Cass., Sez. IV, 9.12.2020, dep. 12.3.2021, n. 9824 (rel. Dawan).

una precisa scelta organizzativa orientata alla eliminazione del rischio alla fonte). La lavoratrice si era infortunata per essere venuta a contatto con dei pezzi di vetro dopo averli riposti in un sacco per la raccolta indifferenziata: così trasgredendo, però, alle prescrizioni aziendali che, a seguito della valutazione del rischio in questione, imponevano di non toccare i materiali taglienti, ma di operare mediante paletta e secchiello per la loro rimozione, inserendoli poi in un recipiente rigido anziché nel sacco della spazzatura. I giudici di legittimità, dopo l'esclusione del profilo oggettivo, valutano – *ad abundantiam* – anche il «versante di natura più squisitamente soggettiva, connesso alla possibilità dell'agente di osservare la regola cautelare», dando altresì rilievo all'elemento dimensionale dell'impresa. Pertanto, «la qualità dell'imputata [...] non costituisce di per sé prova della conoscenza o conoscibilità, da parte della stessa, di prassi comportamentali, più o meno ricorrenti, contrarie alle disposizioni in materia antinfortunistica». Con la conseguenza che non potrebbe esserle ascritta una eventuale condotta omissiva al riguardo, in assenza della certezza circa la conoscenza/conoscibilità della prassi elusiva⁷⁸.

g) *Caso della messa a disposizione di guanti inidonei*: l'annullamento con rinvio è motivato sulla base dell'omessa verifica da parte della sentenza impugnata circa la possibilità di muovere un rimprovero al datore di lavoro per aver messo a disposizione del lavoratore infortunato dei d.p.i. (ancora una volta, come nel caso dell'addetta alle pulizie, dei guanti) rivelatisi poi inidonei, nonostante la scelta fosse stata operata in conformità agli esiti dell'attività di consulenza resa sul punto da una società specializzata in materia e previo vaglio del Responsabile del servizio di protezione e prevenzione. Accertate, dunque, la violazione cautelare e la causalità della colpa, «[n]ulla emerge però [...] circa l'effettiva rimproverabilità della condotta all'imputato». È invece «necessario valutare l'eventuale influenza della detta attività di consulenza in ordine al giudizio di esigibilità del comportamento dovuto», onde poter dedurre la conoscenza o conoscibilità da parte del garante della residua situazione di pericolo⁷⁹.

h) *Caso dello schiacciamento della mano in una calandra*: la vicenda – che riguarda un infortunio derivato dall'utilizzo di una macchina utensile modificata in modo pericoloso dall'impresa utilizzatrice per adattarlo alle proprie esigenze produttive – si segnala in modo particolare, in quanto ha condotto la Cassazione a una decisione che assai correttamente differenzia le diverse posizioni dei tre “garanti” imputati: il fabbricante della macchina non risponde perché non ha violato nessuna regola cautelare e non sussiste quindi causalità (annullamento senza rinvio perché il fatto non sussiste)⁸⁰; quanto al datore di lavoro, in carica da 6 mesi, si ritiene mancante l'accertamento della colpa soggettiva, difettando ogni verifica circa l'esigibilità della pretesa di mettersi in condizioni di conoscere lo specifico problema di sicurezza alla base dell'evento lesivo, e ciò alla luce delle dimensioni della società, della tipologia di attività espletate e del tempo trascorso dall'assunzione della posizione di garanzia (annullamento con rinvio); risponde invece il dirigente delegato per la sicurezza, rispetto al quale è stata verificata la consapevolezza delle pericolose modifiche intervenute sul macchinario (rigetto del ricorso)⁸¹.

i) *Caso dell'incendio del tetto durante il collaudo di un camino*: in questa vicenda – che esula dal contesto lavorativo e riguarda la sicurezza degli impianti – il ricorrente, legale

⁷⁸ Cass., Sez. IV, 3.12.2020, dep. 31.3.2021, n. 12137, Bernacchi (rel. Dawan).

⁷⁹ Cass., Sez. IV, 13.4.2022, 10.6.2022, n. 22628, B.R.N. (rel. Antezza).

⁸⁰ In realtà, rispetto a questa posizione soggettiva la formula assoluta più corretta parrebbe: *per non aver commesso il fatto*, e ciò proprio in virtù di quanto poi ritenuto a carico degli altri imputati.

⁸¹ Cass., Sez. IV, 8.3.2022, dep. 13.9.2022, n. 33548, Carello (rel. Esposito).

rappresentante di una ditta, era stato condannato per l'incendio colposo derivato dalla installazione di un camino in un appartamento senza il rispetto delle norme tecniche in materia. Lo stesso, non in possesso dei requisiti tecnico-professionali, aveva correttamente nominato, come prescritto dalla legge n. 46/1990 sulla sicurezza degli impianti, un responsabile tecnico. A giudizio della Corte l'annullamento con rinvio si impone in quanto la responsabilità del titolare dell'impresa – allorché lo stesso non possieda la competenza professionale necessaria e abbia nominato un responsabile tecnico, non sussistendo una *culpa in eligendo vel in vigilando* – non può essere desunta dalla mera sottoscrizione della dichiarazione di conformità, dovendosi accertare la concreta esigibilità del rispetto delle norme cautelari violate⁸².

j) *Caso del direttore di stabilimento in carica da tre mesi*: con riferimento a una prassi operativa pericolosa ritenuta “notoria”, che aveva causato un infortunio mortale, alla conferma della condanna del datore di lavoro e di altre figure di garanti, segue l'annullamento con rinvio in relazione alla diversa posizione del direttore dello stabilimento, il quale aveva assunto l'incarico da meno di tre mesi (da considerare che l'incarico riguardava due stabilimenti; che, quindi, il direttore era presente sul luogo dell'infortunio due giorni a settimana; che per il mese di agosto lo stabilimento era rimasto chiuso; che, dopo l'assunzione dell'incarico, due *audit* in materia di sicurezza attestarono la non pericolosità dell'impianto). La pronuncia sottolinea come «i tempi e i modi di apprensione delle informazioni connesse al ruolo rilevano ai fini del giudizio di esigibilità del comportamento dovuto e della rimproverabilità dell'atteggiamento doveroso»⁸³.

k) *Caso dell'operaio precipitato durante i lavori di disboscio*: l'annullamento con rinvio è determinato altresì dal vizio di motivazione della pronuncia impugnata là dove – anche a voler ritenere non affetto da illogicità l'accertamento in ordine all'esistenza di una prassi elusiva (mancato rispetto delle misure idonee a eliminare o ridurre il rischio: imbracature di sicurezza e paratie, pure messe concretamente a disposizione) – non è poi stata esibita, sotto il profilo della esigibilità del comportamento dovuto, alcuna valutazione circa la conoscibilità di tale prassi da parte della figura datoriale⁸⁴.

l) *Caso del trapano a colonna*: la vicenda riguarda la responsabilità dell'amministratore delegato e datore di lavoro per le lesioni patite da un operaio intento ad utilizzare attrezzatura (in particolare, un trapano a colonna) ereditata dalla precedente gestione aziendale e di cui era stata stabilita la dismissione in quanto priva dei requisiti di sicurezza, delegando due preposti a procedere in tal senso. Al datore è rimproverato dalle sentenze di merito di non aver appurato la effettiva dismissione del trapano non a norma, essendo prevedibile che i lavoratori avrebbero utilizzato l'attrezzatura scartata ma rimasta in officina. L'annullamento con rinvio è motivato ancora una volta sulla mancata verifica di esigibilità dell'obbligo di vigilanza datoriale, alla luce dell'organizzazione aziendale in concreto (in cui le funzioni erano state delegate ed era prevista una procedura informativa), e quindi circa la concreta possibilità, in assenza di ogni segnalazione, di avere contezza della persistente presenza dei macchinari pericolosi formalmente dismessi⁸⁵.

⁸² Cass., Sez. IV, 4.4.2023, dep. 26.4.2023, n. 17208 (rel. Vignale).

⁸³ Cass., Sez. IV, 11.5.2023, dep. 24.7.2023, n. 31833 (rel. Vignale).

⁸⁴ Cass., Sez. IV, 5.10.2023, dep. 28.12.2023, n. 51455 (rel. Sessa).

⁸⁵ Cass., Sez. IV, 24.1.2024, dep. 27.2.2024, n. 8375, Turcato (rel. Cirese).

m) *Caso del boscaiolo colpito mortalmente da un ramo*: si tratta di una pronuncia della Sezione III che dispone l'annullamento mediante rinvio di una sentenza di conferma della condanna del datore di lavoro, emessa già in sede di rinvio dalla Corte d'appello, in quanto la stessa non s'era confrontata in maniera completa con i rilievi già mossi dalla precedente sentenza rescindente della Sezione IV della Suprema Corte: la quale aveva ritenuto necessario verificare in concreto il grado di esigibilità della condotta informativa e del conseguente onere di controllo da parte datoriale. La vicenda riguarda la morte di un dipendente, lavoratore esperto del settore, che aveva iniziato a lavorare in nero a operazioni di esbosco in subappalto. Al datore di lavoro era stata attribuita la responsabilità a titolo di omicidio colposo per essersi allontanato dal cantiere forestale nel momento di verifica dell'infortunio, dovuto alle modalità operative scorrette seguite dal lavoratore. La censura mossa ai giudici del rinvio consiste nell'insufficiente rilievo dato alle emergenze probatorie (con riguardo, in particolare, alle informazioni effettivamente trasmesse al lavoratore prima che il datore si allontanasse), con la finalità di verificare in concreto il grado di esigibilità della condotta informativa e dell'obbligo di vigilanza (che non si estende a un monitoraggio "momento per momento")⁸⁶.

Passata in rassegna la giurisprudenza più recente, e messo così in risalto il già robusto orientamento proteso alla individualizzazione del giudizio di colpevolezza colposa, varrà la pena, per concludere, di esaminarne, in breve, gli effetti.

8. - Come si diceva, il tentativo di valorizzare la individualizzazione e la misura soggettiva della colpa solleva perplessità in una parte della dottrina.

Il timore, come anticipato, è che la misura soggettiva e la colpevolezza colposa finiscano per essere esclusivamente momenti di eventuale e occasionale esercizio di mera "benevolenza" o "indulgenza" del giudice, con funzione "compensativa" della indeterminatezza della colpa sul piano della misura oggettiva. Come dire: un modo per lavarsi la coscienza nei casi più "al limite".

Ne consegue che si guarda con scetticismo agli sforzi di individualizzazione o personalizzazione del rimprovero, invitando a concentrare i tentativi di delimitazione in funzione di garanzia piuttosto sulla corretta interpretazione della tipicità colposa. Si paventa, quindi, che un orientamento incline alla recepita ricostruzione binaria (misura oggettiva e misura soggettiva) e alla valorizzazione applicativa della dimensione di individualizzazione possa inverarsi a spese di un ulteriore affievolimento della dimensione di tipicità colposa: la quale, però, come noto, soffre di criticità croniche⁸⁷.

⁸⁶ Cass., Sez. III, 12.12.2023, dep. 4.4.2024, n. 13653 (rel. Zunica). La precedente sentenza rescindente, che pure va inquadrata tra le fautrici dell'orientamento qui esaminato, è la seguente: m-bis) Cass., Sez. IV, 24.2.2022, dep. 24.3.2022, n. 10334, Z. (rel. Pavich), nella quale si legge: «è di tutta evidenza che l'allontanamento momentaneo dello Z. dal luogo ove erano in corso le operazioni non potrebbe essergli in sé rimproverato: una volta impartite le corrette istruzioni a un lavoratore provvisto della necessaria esperienza, ben poteva lo Z. confidare sul rispetto di dette istruzioni allontanandosi temporaneamente, non potendosi trascurare il profilo dell'esigibilità, in capo al datore di lavoro, di un dovere di sorveglianza che si spinga a un controllo costante e ininterrotto del rispetto delle prescrizioni in tema di sicurezza da parte dei lavoratori: esigibilità che invece, secondo la giurisprudenza della Corte regolatrice, non si estende all'obbligo di monitoraggio "momento per momento" delle lavorazioni e dell'ottemperanza alle prescrizioni antinfortunistiche da parte dei lavoratori e degli altri soggetti obbligati (cfr., con riferimento all'inesigibilità di una persistente attività di costante verifica dell'utilizzo dello strumentario di sicurezza da parte del titolare della posizione di garanzia, Sez. 4, n. 10712 del 14/02/2012, Mastropietro [...])».

⁸⁷ Sull'importanza da riconoscersi alla questione della indeterminatezza del tipo colposo, si permetta di rinviare a quanto ampiamente osservato in D. Castronuovo, *La colpa penale*, cit., 150 ss., 162 ss., 182 ss., 190 ss., 197 ss., 215-337.

In altri termini: secondo questa prospettiva scettica, la (del tutto rara ed eventuale) valorizzazione della colpevolezza andrebbe a ulteriore detrimento della tipicità. Questa, tuttavia, non pare affatto una conseguenza inevitabile.

Orientamenti della “Quarta”, quale quello qui presentato, in tema in specie di sicurezza del lavoro, dimostrano il contrario: rivelano che “*si può fare!*”.

Si può ridurre il tasso di intrinseca indeterminatezza del tipo colposo come fattispecie “aperta”, senza rinunciare del tutto alla dimensione di colpevolezza nell’affermare la responsabilità per fatti colposi.

È significativo che, in alcune pronunce, la Corte – pur richiamando (si direbbe *ad abundantiam*) lo stesso principio di diritto circa l’inesigibilità della condotta in assenza di conoscibilità della prassi elusiva (che avrebbe comportato la formula “perché il fatto non costituisce reato”) –, riscontrata preliminarmente, tuttavia, l’assenza di una condotta inosservante oppure di un nesso di causalità, annulli utilizzando, correttamente, la più radicale formula assolutoria “perché il fatto non sussiste”⁸⁸.

I timori dottrinali – in parte comprensibili, ma qui non condivisi – circa il rischio che le impostazioni dirette a irrobustire la colpevolezza colposa legittimino un ulteriore e improvvisto svuotamento della tipicità colposa, potrebbero dissolversi ove si consolidassero questi orientamenti giurisprudenziali sensibili a ricostruzioni finalmente “equilibrate” della struttura del reato colposo, perché attente alle due dimensioni necessariamente interrelate: quella, basilare, della violazione del dovere di diligenza (*misura oggettivo-soggettiva*) e quella, successiva ma altrettanto irrinunciabile, del potere individuale di adeguarsi alla pretesa cautelare (*misura soggettivo-individualizzante*).

Deve riconoscersi che il traguardo di una possibile individualizzazione della colpa in sede di giudizio di colpevolezza è arduo da guadagnare, perché legato alle contingenze del caso concreto. Ciò detto, secondo la dottrina più sensibile alla questione, e alla luce dell’emergente orientamento giurisprudenziale, non sembra un approdo impossibile, a patto di valorizzare elementi ulteriori rispetto alla indiscussa natura normativa della colpa, consistente nella violazione della regola cautelare (assieme, va da sé, agli altri passaggi della ricostruzione del profilo oggettivo della colpa: individuazione del soggetto “competente” per il rischio specifico, nesso di causalità, concretizzazione del rischio specifico nel risultato offensivo, evitabilità a mezzo del comportamento alternativo lecito, etc.).

Le evoluzioni “indotte” dalla giurisprudenza in tema di colpa cominciano finalmente a riguardare – sebbene in maniera più timida e forse rallentata rispetto ad altri momenti della ricostruzione della categoria della colpa – *anche* il profilo della *colpevolezza colposa*. E rappresentano una opportuna “correzione” degli esiti iper-oggettivanti della tradizionale concezione (dottrinale, prima che giurisprudenziale) ultra-normativa della colpa, intesa (esclusivamente ed erroneamente) come inosservanza di regole di cautela generiche o specifiche. Una correzione, questa, capace di restituire alla “colpa penale” i connotati di una autentica *mens rea*.

Questi orientamenti evolutivi ci ricordano come la ricostruzione del sistema della responsabilità penale sia una faticosa attività collettiva e plurale. Ritengo che sia un compito della dottrina quello di accompagnare, sempre, le evoluzioni della giurisprudenza quando queste siano avviate nella direzione giusta.

Così è, se vi pare, per l’evoluzione in corso sul tema della individualizzazione del giudizio di colpevolezza colposa.

⁸⁸ Così la già menzionata Cass., Sez. IV, 3.12.2020, dep. 31.3.2021, n. 12137, Bernacchi (*caso dell’addetta alle pulizie*); nonché la pure già ricordata Cass., Sez. IV, 8.3.2022, dep. 13.9.2022, n. 33548, Carello (*caso dello schiacciamento della mano in una calandra*).