

La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani



FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

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

DIRETTORE RESPONSABILE: Laura Scomparin

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, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.la legislazione penale.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)

INDICE

A. Di Landro, Un confronto tra diritto penale inglese ed italiano in materia di colpa: dalla colpa grave alle più specifiche e severe forme di colpa c.d. “stradale”, colpa nell’ambito della violenza domestica, colpa nel settore della sicurezza sul lavoro e nel settore ambientale	4
G. De Francesco, Della pena e del punire.....	45
M.L. Mattheudakis, Prevedibilità e autoresponsabilità della “vittima”: uno sguardo critico e propositivo alla casistica	61
F.P. Lasalvia, Il foglio di via obbligatorio tra stigma morale e misure limitative della libertà personale. spunti di riflessione alla luce di una recente decisione della Corte costituzionale sulla misura della quarantena obbligatoria.....	86
S. Quattrocchio, Perché il differimento dell’entrata in vigore del d.lgs. 150/2022 è una sconfitta per la giustizia penale	105
G. Donati, La tormentata evoluzione del traffico di influenze illecite, tra tensioni ermeneutiche e «cieca furia» politico-criminale	110
M. Iannuzziello, La disciplina organica della giustizia riparativa e l’esito riparativo come circostanza attenuante comune	138
A. Madeo, Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una ratio deflativa comune nella “riforma Cartabia”	159
L. Ricci, Alterità e potere punitivo nello scenario europeo contemporaneo. spunti a sostegno di un approccio critico post-coloniale	192
D. Notaro, I delitti di doping al crocevia fra riserva di codice, riserva di legge e sindacato di norme penali di favore. Una questione di metodo	215
V. Oddi, Ambiente e criminalità organizzata transnazionale: quale futuro per la cooperazione giudiziaria e di polizia?.....	233

G. De Francesco, La cognizione del dolore	256
G. Fiorinelli, L'attuale ruolo del provider nella societa' digitale: modelli di responsabilita' penale.....	258
A. Abbagnano Trione, Le latitudini applicative della commisurazione e della discrezionalita' nel sistema delle pene sostitutive.....	288
F. Palazzo, Plaidoyer per la giustizia riparativa.....	304

PREVEDIBILITÀ E AUTORESPONSABILITÀ DELLA “VITTIMA”: UNO SGUARDO CRITICO E PROPOSITIVO ALLA CASISTICA*

di Matteo Leonida Mattheudakis

Ricercatore di diritto penale presso l'Università di Bologna

Lo scritto propone un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali con riferimento ai contesti in cui più si possono percepire significativi profili di consapevole esposizione a pericolo della stessa persona che riporta un evento dannoso. Oltre ai tre principali settori della responsabilità colposa (attività sanitarie, circolazione stradale e sicurezza sui luoghi di lavoro) viene preso in considerazione anche l'universo della culpa in re illicita nonché l'ambito delle attività pericolose in montagna, interessato da una rilevante riforma recente. L'itinerario mette in evidenza come un addebito colposo incentrato pressoché sulla sola prevedibilità del risultato tipico ostacoli un corretto riconoscimento dei necessari spazi all'autoresponsabilità, che verrebbe più opportunamente valorizzata nel quadro di una ricostruzione delle regole cautelari alla luce del criterio della competenza per il rischio concretizzatosi nell'evento.

The paper offers a critical analysis of case law in cases where there is a conscious exposure to danger by the “victims” themselves. In addition to the three main areas of criminal negligence liability (healthcare activities, road traffic and workplace safety), the subjects of culpa in re illicita and risk management in mountain activities (recently affected by a legislative reform) are also considered. The survey highlights how a criminal negligence charge focused almost exclusively on the foreseeability of the harmful outcome obfuscates the role that should be accorded to self-responsibility. Conversely, self-responsibility would be more properly valued by reconstructing the duties of care in light of the criterion of competence for the risk resulting in the harmful outcome.

SOMMARIO: 1. Introduzione all'indagine: la questione di fondo della personalità della responsabilità colposa e la sua declinazione in una pluralità di contesti. – 2. Il contesto sanitario: il terreno di elezione del principio di affidamento e la scarsa emersione di profili di autoresponsabilità della vittima. – 3. Il contesto lavorativo: i tratti paternalistici della posizione di garanzia del datore di lavoro. – 4. Il contesto stradale: le illusioni ottiche sul principio di affidamento e gli orientamenti paternalistici sul pedone e sulle cinture di sicurezza. – 5. La responsabilità colposa *in re illicita*: la conferma dell'insufficienza della prevedibilità dell'evento. – 6. Il contesto montano e il ruolo della giurisprudenza di merito: una sensibilità crescente nei confronti dell'autoresponsabilità. – 7. Conclusioni in favore di una valorizzazione del fatto proprio “dentro” alla colpa.

1. L'impegno per un affinamento della teoria della colpa penale è stato davvero significativo negli ultimi decenni, in cui si sono concentrati numerosi contributi monografici – se si estendesse lo sguardo anche alla saggistica e ai commenti giurisprudenziali, la densità sfumerebbe (soltanto) nella “linea dell'orizzonte” – accomunati dall'ambizione di proiettare sul terreno dell'illecito involontario il “volto costituzionale” del diritto penale¹.

* Il contributo condensa gli esiti di una ricerca condotta presso la Libera Università di Bolzano nell'ambito del progetto «Pericoli naturali in montagna: gestione del rischio e responsabilità (HMRISK)». Una sintesi critica dei contenuti

In questa sede non si intende riproporre la tralatizia retorica delle virtù della dottrina al confronto con i “difetti” della giurisprudenza. Quest’ultima, sia in sede di merito che di legittimità, è in continua evoluzione e va senz’altro dato conto di come la sensibilità attuale in materia non sia paragonabile rispetto a quella che emergeva dalle pagine delle sentenze della seconda metà del secolo scorso². L’intento è piuttosto quello di analizzare gli orientamenti contemporanei e, il più possibile, contribuire a un dialogo su specifici aspetti, rispetto ai quali si può decisamente compiere qualche altro passo in avanti, in particolare nella direzione di implementare meglio istanze di responsabilità per fatto proprio.

Pare condivisibile l’analisi dottrinale per cui, nella valorizzazione delle istanze fondate sull’art. 27 Cost., specialmente a partire dalle ben note pronunce della Corte costituzionale n. 364 e 1085 del 1988, ci si sia concentrati soprattutto sullo sviluppo della prospettiva del *nullum crimen sine culpa* (a cui, fino ad allora, si stentava a riconoscere un pieno rango costituzionale), per poi ritornare soltanto più di recente a ragionare diffusamente in termini evolutivi sugli orizzonti del fatto proprio³, fatta eccezione per ciò che riguarda la causalità, in particolare quella omissiva, su cui il dibattito ha raggiunto l’apice al cambio di secolo⁴. Il limite che ancora oggi si può riscontrare è un certo ritardo nella maturazione di una concezione della colpa che vada davvero oltre il perno della prevedibilità in concreto dell’evento, peraltro essa stessa svilita nelle consolidate prese di posizione in tema di omicidio preterintenzionale, come si avrà modo di ricordare.

In generale, uno degli effetti della drastica separazione concettuale talvolta proposta – non importa se con le migliori intenzioni – tra fatto proprio e fatto colpevole è quella di indurre a ritenere che questioni di personalità in senso stretto dell’illecito siano del tutto indipendenti ed “esterne” rispetto alla dimensione della colpa. Aspetti come un corretto riconoscimento del principio di affidamento e di quello di autoresponsabilità – si vedrà peraltro come siano spesso strettamente connessi – riguardano intimamente la fisionomia della regola cautelare e si ripercuotono inevitabilmente (anche) sulla rimproverabilità del fatto, rendendo quindi assai problematico sostenere che siano argomenti separati dalla colpa.

Vero è che, all’estero, specialmente dove è più usuale il riconoscimento di un ruolo chiave all’imputazione oggettiva dell’evento, si sono non di rado offerte soluzioni equilibrate con le quali profili di fatto proprio sono stati valorizzati nell’ambito di livelli sistematici intesi perlopiù come

dello scritto è stata presentata al «Workshop di discussione e approfondimento della giurisprudenza in materia di responsabilità penale in montagna», tenutosi il giorno 11.6.2021 presso l’Università di Innsbruck e nell’ambito della tavola rotonda del convegno internazionale «Pericoli naturali, percezione del rischio e profili di responsabilità penale in montagna», tenutosi il giorno 18.3.2022 a Bolzano (ai cui atti questo scritto è destinato).

¹ La pietra miliare di questo approccio, in generale, è l’opera di F. Bricola, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino 1973, 7 ss.

² Lo si nota anche dal taglio dei contributi scientifici di autorevoli esponenti recenti della IV sezione penale della Cassazione, in cui è evidente un dialogo (e, quindi, a monte, una conoscenza reciproca) con la dottrina accademica, rispetto alla quale, a ben vedere, non si percepisce affatto una netta contrapposizione “di categoria”, quanto, piuttosto, l’intento di convergere in un virtuoso percorso comune, di messa a punto delle garanzie di una moderna cultura della colpa penale: ad esempio, R. Blaiotta, *Dove va la colpa*, in *DPP* 2021, 1281 ss., specialmente 1284, ove si considera che, anche grazie ai passi avanti della giurisprudenza («dopo errori del passato»), attualmente «la teoria della colpa ha un elevato livello di maturazione»; S. Dovere, voce *Giurisprudenza della Corte suprema sulla colpa*, in *Enciclopedia del diritto. Reato colposo*, a cura di M. Donini, Milano 2021, 579 ss.; Id., *Colpa e sanzioni: verso un nuovo paradigma?*, in *AP* 1/2022 (web).

³ In questo senso, M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *RIDPP* 2018, 1581 ss., che parla di «precedenza storica del *nullum crimen sine culpa* sulla più recente lettura della responsabilità per fatto proprio».

⁴ Lo snodo principale sul tema della causalità omissiva è senza dubbio rappresentato dalla nota sentenza “Franzese”: Cass. pen., sez. un, 10.7.2002, n. 30328, in *RIDPP* 2002, 1133 ss.

logicamente prioritari rispetto alla colpa⁵. Nella prassi del nostro ordinamento, della teorica dell'*objektive Zurechnung* sono stati recepiti specifici filtri senza però far registrare un'adesione generale paragonabile a quella del sistema tedesco o di altri Paesi d'oltralpe⁶. In Italia, tali filtri sono stati collaudati perlopiù *dentro* alla colpa, ai fini di una pregnante imputazione *per* colpa. Questa pare la direzione da seguire anche per molti di quei profili di fatto proprio che finora non hanno trovato spazio né in termini di interruzione del nesso di causalità (art. 41, co. 2, Cp) e nemmeno in concezioni della colpa particolarmente appiattite sulla mera prevedibilità dell'evento; così come insufficiente o comunque parziale è stato finora l'impatto di norme (pur astrattamente pertinenti) come quelle degli artt. 50 e 62, n. 5, Cp⁷.

Uno sguardo al c.d. diritto vivente e alla casistica sottostante dovrebbe consentire una più concreta comprensione dei problemi e una pragmatica individuazione di soluzioni su cui richiamare l'attenzione. Oltre ai tre principali settori della responsabilità colposa (attività sanitarie, circolazione stradale e sicurezza sui luoghi di lavoro) verrà preso in considerazione anche l'universo della *culpa in re illicita* nonché lo specifico ambito delle attività pericolose in montagna; due contesti che presentano aspetti di particolare rilevanza nell'economia dell'indagine in corso, fornendo esempi di sensibilità opposta sul riconoscimento effettivo di spazi all'autoresponsabilità, un concetto che fatica ancora ad affermarsi ufficialmente come *canone giuridico* avente dignità autonoma, ma che, nella sostanza, rappresenta la più coerente declinazione della libertà di autodeterminazione (anche e soprattutto sotto forma di consapevole esposizione a pericolo, a

⁵ Si veda, ad esempio, uno dei manuali più accreditati nella letteratura tedesca: C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 5. Aufl., München 2020, ove la trattazione dell'imputazione oggettiva (442 ss., in particolare 489 ss.) non a caso è anticipata rispetto a quella specificamente sulla colpa (1179 ss.), che peraltro riprende, nella parte sul relativo *Tatbestand*, le stesse premesse in precedenza sviluppate e che proprio nella colpa trovano la più fisiologica declinazione. Nella dottrina italiana, soffermandosi sull'auspicato recepimento del concetto chiave di «nesso di rischio» nella «didattica penalistica», M. Donini, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione/evento*, in *RIDPP* 2022, 57: «Preso atto che esso non coincide con problematiche di imputazione oggettiva a livello di causalità, ma attraversa vari altri livelli di imputazione (colpa, dolo etc.), pur riguardanti il fatto tipico, per chi adotta una nozione di questo che ricomprende anche colpa e dolo come modi di agire, si tratta non già di una “categoria sistematica” che viene *prima* o *dopo* un'altra, ma di un *criterio* o di un *rapporto oggettivo* che realizza a diversi livelli le esigenze di garanzia che i principi del fatto proprio e di offensività impongono nel giudizio di attribuzione dell'evento e della responsabilità penale».

⁶ Per un quadro aggiornato sulle posizioni austriache, in una prospettiva di comparazione con quelle italiane, si rinvia a S. Schwitzer, *L'autoresponsabilità nel diritto penale: quo vadis? Inquadramento e applicazione giurisprudenziale nell'ordinamento austriaco*, in *AP* 2/2022 (web); inoltre, estendendo lo sguardo anche alle posizioni tedesche, M. Helfer, *Paternalismo e diritto penale. Riflessioni sull'autoresponsabilità quale possibile criterio di limitazione della responsabilità penale*, in www.la legislazione penale.eu, 9.12.2020, in particolare 8 ss.

⁷ Lo testimonia anche la recente ricognizione (a cui si rinvia per dettagliati riferimenti) di S. Schwitzer, *L'autoresponsabilità nel diritto penale*, cit., 4 ss., per cui tali norme «non risultano sufficienti per abbracciare tutte le varie ipotesi in cui può manifestarsi l'autoresponsabilità» (5).

prescindere dal mantenimento del dominio materiale del fatto)⁸ sul piano dei giudizi di responsabilità, valorizzandone la fisionomia personalistica⁹.

2. Lo svolgimento delle attività sanitarie è uno degli scenari in cui, tradizionalmente, di più si evoca il principio di affidamento. A differenza di ciò che vale nel contesto stradale e in quello lavorativo, tale principio non finisce qui per sovrapporsi con quello di autoresponsabilità, perché le sue dinamiche applicative non riguardano normalmente il rapporto soggetto attivo-soggetto passivo del fatto di reato, ma, piuttosto, le relazioni di *équipe*, cioè di cooperazione tra sanitari. In vista di ciò che si considererà con riferimento agli altri ambiti appena sopra menzionati e in ragione della funzionalità, in ogni caso, all'affermazione di istanze di personalità della responsabilità penale, è comunque opportuno soffermarsi brevemente sui tratti identitari del principio di affidamento.

Tale principio è stato dapprima teorizzato nell'ambito della circolazione stradale, in particolare nell'ordinamento tedesco (ove è noto come *Vertrauensgrundsatz*) del periodo nazionalsocialista, in cui l'aspettativa statutale di fedeltà dei consociati alle regole, comprese quelle cautelari, era un aspetto caratterizzante il sistema¹⁰. È noto come vi sia poi stato un suo sviluppo pure negli ordinamenti liberali contemporanei, in cui rappresenta un capitolo sempre più ineludibile della teoria del reato colposo, considerata l'odierna normalità di una compartecipazione sincronica o diacronica di più soggetti nella gestione della maggior parte delle attività pericolose alla base di una responsabilità per omicidio colposo e lesioni personali colpose.

In tali scenari, il principio di affidamento è in grado di incidere sui contenuti del dovere cautelare, quindi sul perimetro della tipicità colposa, consentendo ordinariamente a ciascuno di non preoccuparsi dell'operato altrui e quindi di confidare che gli altri soggetti con cui si interagisce rispettino le regole di cautela di loro spettanza. È così che, emancipato dal contesto istituzionale in cui è stato concepito, il principio di affidamento ha potuto palesare appieno le sue funzionalità

⁸ La precisazione mira a sottrarre il discorso alla tematizzazione bipartita di origine roxiniana tra (partecipazione a una) autoesposizione responsabile al pericolo da parte della vittima (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers*) e consenso rispetto a una situazione di pericolo posta in essere da un terzo e dallo stesso governata (*einverständliche Fremdgefährdung*), ora in C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht*, cit., 503 ss. Si tratta di una distinzione concettualmente funzionale a privilegiare l'affermazione dell'autoresponsabilità nelle prime ipotesi, ma in via di superamento (in favore di un'analisi meno "meccanica", più attenta alla fisionomia dei rischi concretamente implicati) negli stessi ordinamenti in cui si è inizialmente sviluppata, come testimoniano, ad esempio, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, 10 ss. e 109 ss.; S. Tordini Cagli, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna 2008, 203 ss.; per una recente conferma con riferimento al contesto austriaco, S. Schwitzer, *L'autoresponsabilità nel diritto penale*, cit., 7 ss.

⁹ Tra gli studi recenti in grado di offrire una prospettiva ampia sull'argomento, ad esempio, G. Civello, voce *Autoresponsabilità*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, Torino 2016, 102 ss.; Id., *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità per fatto proprio*, Torino 2017, in particolare 91 ss.; l'intera raccolta a cura di M. Ronco, M. Helfer, *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Baden-Baden, Torino 2020, a cui si rinvia anche per una comparazione con le realtà d'oltralpe menzionate nel testo (considerate, come già accennato, anche in S. Schwitzer, *L'autoresponsabilità nel diritto penale*, cit.; M. Helfer, *Paternalismo e diritto penale*, cit., a cui si fa ora più generale rinvio); E. Mezzetti, *Autore del reato e divieto di «regresso» nella società del rischio*, Napoli 2021, in particolare 210 ss. Nella dottrina tedesca, tra i maggiori punti di riferimento a livello monografico, R. Zaczky, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg 1993; U. Murmann, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Berlin, Heidelberg 2005, in particolare 159 ss. e 307 ss.

¹⁰ H. Gülde, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts*, in *JW* 1938, 2785 ss., richiamato da M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano 1997, 11 ss., a cui si rinvia, per una puntuale ricognizione, più in generale, delle radici storiche del principio di affidamento.

di garanzia individuale in favore del *Vertrauende* (il soggetto che confida nel corretto operare altrui), declinando sul terreno della responsabilità colposa le istanze dell'art. 27 Cost., ma si è anche rivelato, specialmente in settori come quello sanitario, un fattore di protezione dei beni giuridici coinvolti, permettendo a ciascuno dei partecipanti all'attività plurisoggettiva di dedicarsi al meglio alla propria prestazione e di non disperdere concentrazione e preziose energie in obblighi di controllo di terzi; ciò primariamente, nell'interesse del paziente, al punto che si è addirittura parlato di «un vero e proprio dovere reciproco di affidamento», individuando così la frontiera forse più avanzata della divisione del lavoro come fattore di sicurezza¹¹.

Come si evidenzierà più volte nel corso della trattazione, nell'esperienza giudiziaria italiana, quella del principio di affidamento è per lo più la storia di una promessa non mantenuta. In buona parte dei casi in cui il principio ha trovato espressa menzione in Cassazione, per lo più su sollecitazione della difesa degli imputati, i giudici ne hanno poi escluso l'applicazione in concreto, tramite un costante *distinguishing* volto a evidenziare le peculiarità della vicenda sotto giudizio e quindi la pertinenza di dinamiche di imputazione alternative. Hanno cioè spesso prevalso le eccezioni sulla regola¹², ossia quelli che sono noti come limiti al principio di affidamento e che possono avere carattere "occasionale", come quando si è in presenza di segnali indizianti l'inaffidabilità sul piano cautelare degli altri individui con cui si interagisce, oppure carattere "funzionale", come quando si afferma che soggetti a capo di un'*équipe* sanitaria sono titolari di una posizione di garanzia di speciale profondità e quindi devono coordinare e verificare le prestazioni altrui¹³.

Da diversi anni, in sede di legittimità, risulta consolidato l'orientamento per cui «Qualora ricorra l'ipotesi di cooperazione multidisciplinare, ancorché non svolta contestualmente, ogni sanitario è tenuto, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, all'osservanza degli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio a errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio»¹⁴.

¹¹ L. Cornacchia, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, in *RIML* 2013, 1231, secondo cui, appunto, tale dovere sarebbe posto «evidentemente, proprio a tutela della salute del paziente»; di talché il principio di affidamento verrebbe qui ad assumere «una valenza eccentrica rispetto al suo normale utilizzo» (1234). Già prima, nel senso che, talvolta, riporre affidamento nell'operato altrui rappresenti la miglior concretizzazione dell'obbligo cautelare, A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *DPP* 2001, 480, nt. 15: «se le regole cautelari altro non sono se non il precipitato di norme comportamentali di carattere tecnico-operativo, utili al corretto ed efficace funzionamento di singoli ambiti d'attività, deve consequenzialmente affermarsi la sussistenza di un vero e proprio *dovere cautelare d'affidarsi* al comportamento competente altrui, laddove questo "affidamento" risulti necessario ad ottimizzare i risultati organizzativi (ad es., è utile che ciascun medico specialista si concentri sulle attività confacenti alla propria professionalità, evitando interferenze nelle scelte dei colleghi, suscettibili in via di principio di determinare ritardi ed ostacoli al corretto espletamento del trattamento)».

¹² Evidenziano, anche terminologicamente, il rapporto tra regola ed eccezioni riguardo al principio di affidamento e ai suoi limiti, in particolare, A. Massaro, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *CP* 2011, 3860 ss.; L. Risicato, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, Torino 2013, 71 ss.; A. Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli 2020, 247 ss.

¹³ Su entrambi i limiti, per tutti, M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., 155 ss.

¹⁴ In questi termini, ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 24.1.2005, n. 18548; Cass. pen., sez. IV, 5.11.2009, n. 43958; Cass. pen., sez. IV, 6.2.2015, n. 30991; Cass. pen., sez. IV, 19.7.2018, n. 39733, tutte in *www.dejure.it*.

Nelle parole di questo orientamento, in cui riecheggia la nota impostazione di Claus Roxin, volta a riconoscere operatività al principio di affidamento solo in presenza di «doveri divisi» e non invece in presenza di «doveri comuni»¹⁵, a non risultare convincente è più che altro il metodo “inquisitorio” imposto per giungere alla percezione degli errori altrui evidenti e non settoriali, che renderebbero mediamente prevedibile l’evento dannoso. Il componente dell’*équipe* sarebbe tenuto a diffidare sistematicamente dell’operato degli altri sanitari e dovrebbe dedicarsi a un controllo della loro prestazione, quasi con l’aspettativa di “scovare” l’errore. In questo modo, l’errore altrui evidente finisce per essere non solo quello percepibile *ictu oculi* nel momento dell’esercizio della propria prestazione, ma anche quello che si renda palese soltanto all’esito di un controllo capillare dell’operato altrui.

Se a livello legislativo si disciplinasse la materia prevedendo in via ordinaria la punibilità soltanto e più semplicemente per colpa grave (a prescindere da requisiti ulteriori come l’imperizia e il rispetto di linee guida o buone pratiche), come suggerito da più parti in dottrina¹⁶, le inosservanze altrui verrebbero verosimilmente computate a carico del sanitario soltanto a fronte di una netta riconoscibilità di tali errori e – tenendo a mente che il grado della colpa si può valutare definitivamente più che altro in sede di colpevolezza in senso stretto – di una altrettanto netta esigibilità di un comportamento “correttivo”.

Quanto agli specifici limiti di carattere “funzionale” al principio di affidamento, in particolare riguardo al capo *équipe*, occorre prestare attenzione all’impostazione del discorso, evitando approcci drastici, di netta preclusione (di una tutela) dell’affidamento, come sembra invece fare spesso la giurisprudenza¹⁷. È comprensibile che chi ha un ruolo di direzione e coordinamento di un gruppo di lavoro sia destinatario di obblighi di verifica dell’apporto degli altri, ma è anche vero

¹⁵ C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg 1963, 534 ss. Sul punto, si veda E. Belfiore, *Profili penali dell’attività medico-chirurgica in équipe*, in AP 1986, 277 ss. e 294 ss., che sottolinea l’opportunità di ricorrere a criteri che esprimano «un grado di generalità ed astrattezza tale da consentirne l’utilizzabilità in un numero indefinito di ipotesi» (294).

¹⁶ Per una compiuta illustrazione di questa tesi e per gli opportuni riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a M.L. Mattheudakis, *La punibilità del sanitario per colpa grave. Argomentazioni intorno a una tesi*, Roma 2021. La soluzione è stata esplicitamente accolta dal legislatore nell’art. 3-bis d.l. 44/2021, ancorché con riferimento alla casistica straordinaria degli eventi condizionati dall’emergenza pandemica ancora in corso. Nella direzione auspicata, ancor più di recente, l’ultima proposta dello specifico gruppo di lavoro dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, in www.aipdp.it.

¹⁷ Si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 8.7.2014, n. 7346, in RIML 2015, 636 («il personale medico, e in particolare il capo dell’*équipe*, assume su di sé la responsabilità dell’intervento riguardo all’adeguato controllo della rimozione di tutti i materiali utilizzati nel corso del medesimo, non potendo tale controllo risolversi nel mero riscontro del conteggio numerico effettuato dal personale infermieristico. In forza di tanto, esso è affidato all’intera *équipe*, proprio per evitare che la pluralità dei difficili compiti a ciascuno demandati, le imprevedibili contingenze di un’attività intrinsecamente complessa come quella chirurgica, la stanchezza o la trascuratezza dei singoli, o altre circostanze possano, comunque, condurre a un errore che ha conseguenze sempre gravi»), con nota di L. Maldonato, 638 ss. Per una sentenza di merito più vicina alla prospettiva sviluppata nel testo, volta a tenere conto del fatto che il semplice riscontro del capo *équipe* dell’avvenuto conteggio da parte di altri del materiale operatorio possa essere sufficiente, in quanto peraltro rispettoso di una precisa fonte comportamentale ministeriale («Raccomandazione per prevenire la ritenzione di garze, strumenti o altro materiale all’interno del sito chirurgico», n. 2/2008): G.I.P. Trib. Vercelli, (ord.) 24.7.2015, in www.giurisprudenzapenale.com, 20.10.2016, con ampio commento di M. Miglio, *I medici chirurgici non rispondono delle garze abbandonate nel corpo di un paziente*, 10/2016. Dopo la pronuncia di merito appena citata, in sede di legittimità (Cass. pen., sez. IV, 25.5.2016, n. 34503, in www.dejure.it), in un caso in cui vi era stata l’osservanza della menzionata «raccomandazione» n. 2/2008 ma era comunque sfuggita alla conta una garza laparotomica, si è ribadito il consolidato orientamento della stessa Cassazione che attribuisce al capo *équipe* una posizione di garanzia tale da imporre l’esercizio di poteri non solo di direzione e coordinamento, ma anche di capillare controllo dell’operato altrui.

che più l'attività di controllo è estesa più si disperdono le energie che potrebbero essere dedicate alla prestazione a cui è direttamente tenuto il soggetto apicale in ragione delle sue specifiche competenze; ciò, evidentemente, a svantaggio del paziente, come quando la pretesa di capillare verifica dell'operato altrui sia rivolta al chirurgo posto a capo di un' *équipe* operatoria e titolare, in proprio, delle mansioni più complicate per la riuscita dell'intervento¹⁸.

Non risultano tematizzazioni compiute delle dinamiche di responsabilità alla luce del possibile comportamento non corretto da parte del paziente, essendovi più che altro qualche pronuncia che non ravvisa il venir meno, in capo all'autore di un fatto delittuoso di base (ad esempio, di lesioni personali), dell'imputazione del più grave evento morte a cui la stessa persona offesa vada incontro per effetto di trascuratezza palesata nel (non) sottoporsi ai necessari trattamenti sanitari, come si dirà anche affrontando il (limitato) tasso di riconoscimento dell'autoresponsabilità nel capitolo della *culpa in re illicita*.

Il motivo della scarsa attenzione nei confronti del principio di affidamento nel rapporto medico-paziente risiede, con ogni probabilità, nella speciale profondità delle posizioni di garanzia concretamente interessate. La protezione della salute del paziente è un impegno di cui è direttamente "responsabile" il sanitario chiamato in causa, essenzialmente in ragione della professionalità specifica che quest'ultimo possiede (mentre il primo normalmente no) e dell'oggettiva impossibilità di autotrattamento del paziente in non pochi casi; ciò – si noti – anche qualora lo stesso paziente sia, per coincidenza, un medico. Come potrebbe, ad esempio, occuparsi del proprio intervento chirurgico, soprattutto se da praticarsi con anestesia totale?

Se questa incapacità di fondo di autotutela da parte del paziente è proprio ciò che giustifica il ruolo istituzionale e la correlata posizione di garanzia del sanitario, è affatto logico non legittimare una fiducia eventualmente riposta nella messa in pratica da parte del paziente di ciò di cui il sanitario, piuttosto, dovrebbe occuparsi in prima persona: è ben possibile (se non frequente), infatti, che il trattamento preveda una distribuzione del carico cautelare pressoché integralmente in capo al sanitario. Anche volendo concepire delle misure precauzionali che richiedano la collaborazione o un apporto significativo del paziente, il sanitario resta comunque il "responsabile" del trattamento; il che non vuol dire spingersi ad avallare ascrizioni su base meramente oggettiva di eventi dannosi resi possibili da comportamenti maldestri del paziente, ma, più essenzialmente, tener conto della diversità di ruoli nell'ambito di una relazione che, ad eccezione di ciò che riguarda i profili di consenso rispetto al trattamento¹⁹, per definizione, non è paritaria, soprattutto sul piano delle aspettative cautelari²⁰.

¹⁸ Si veda, ad esempio, A. Roiati, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *IP* 2007, 737, che, proprio con riferimento alla figura di vertice, esprime la necessità di individuare interpretativamente «i limiti ai limiti del principio di affidamento»; inoltre M.C. Bisacci, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *IP* 2009, 200, che percepisce l'opportunità di «domandarsi quale sia il limite della diligenza richiesta al medico posto in posizione apicale, consapevoli che il livello massimo porterebbe, in ipotesi e per assurdo, ad esautorare il medico gerarchicamente subordinato».

¹⁹ Epicentro del tema è ora la l. 219/2017 («Norme materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»), su cui, nella prospettiva del giurista penalista, in particolare, S. Canestrari, *La legge n. 219 del 2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19.12.2018.

²⁰ Si pensi, ad esempio, al livello di attenzione e scrupolo che il sanitario può legittimamente attendersi dal paziente nelle varie fasi del trattamento, in particolare nei momenti in cui il paziente, ritornato a casa dopo una qualsiasi prestazione, debba seguire da solo le indicazioni rivoltegli. In coerenza rispetto a quanto appena considerato nel testo, infatti, queste indicazioni non solo non possono mancare, ma devono essere davvero puntuali, senza cioè che si possa dare per scontato che il paziente sappia esattamente come comportarsi, soprattutto se è nuovo rispetto al trattamento affrontato. Esemplificando ancora, lo stesso tipo di logica potrebbe trovare declinazione anche nelle fasi di ricovero

3. Nelle dinamiche di tutela della sicurezza del lavoratore, alla luce del quadro normativo vigente, dovrebbe potersi riscontrare spazio per il riconoscimento del principio di affidamento in capo al datore di lavoro e agli altri destinatari dei principali incarichi antinfortunistici. Tali soggetti sono concepiti senza dubbio come garanti dell'incolumità psicofisica e della salute delle persone impegnate nell'ambiente lavorativo, ma la disciplina normativa è sempre più incline a delineare una "responsabilizzazione" diretta del lavoratore nella conoscenza dei rischi e nella messa in pratica delle cautele funzionali a un livello adeguato di sicurezza. La giurisprudenza non si è però evoluta di pari passo e insiste ancora oggi, pur con qualche eccezione, nel riproporre orientamenti spiccatamente paternalistici.

Gli antecedenti della normativa attuale sono, in particolare, il d.p.r. 547/1955 ed il d.lgs. 626/1994, entrambi abrogati e sostituiti dal d.lgs. 81/2008. A tali corpi normativi si dedicherà qualche richiamo, onde affrontare la materia in termini dinamici, tenendo peraltro conto che la giurisprudenza recente si pone in sostanziale continuità con quella basata su tali discipline.

Già il d.p.r. 547/1955 prevedeva, all'art. 6, una serie di «doveri dei lavoratori» in materia antinfortunistica. Da diverso tempo, il lavoratore è considerato – esso stesso – come un soggetto titolare di obblighi precauzionali, da non concepire, quindi, come esclusivamente accollati al datore di lavoro.

I successivi art. 5 d.lgs. 626/1994 e (l'attuale) art. 20 d.lgs. 81/2008²¹, anch'essi dedicati agli obblighi di sicurezza dei lavoratori, riprendono gli stessi contenuti, ma è a partire dal d.lgs. 626/1994, in particolare, che la percezione del ruolo del lavoratore è cambiata.

Si è iniziato a parlare di «prevenzione soggettiva» invece che solo oggettiva, come invece nel contesto del d.p.r. 547/1955. In precedenza la prevenzione veniva infatti attuata imponendo al datore di lavoro di garantire la sicurezza mediante la predisposizione di strutture e mezzi idonei,

post-operatorio, comportando, tra l'altro, una verifica della corretta collaborazione del paziente, quantomeno rispetto agli aspetti più delicati per lo sviluppo della convalescenza.

²¹ «1. Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro.

2. I lavoratori devono in particolare:

- a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro;
- b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale;
- c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e le miscele pericolose, i mezzi di trasporto, nonché i dispositivi di sicurezza;
- d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione;
- e) segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera f) per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;
- f) non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;
- g) non compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori;
- h) partecipare ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro;
- i) sottoporsi ai controlli sanitari previsti dal presente decreto legislativo o comunque disposti dal medico competente»» [omissis].

senza la valorizzazione di alcuna aspettativa di osservanza, cioè considerando, in modo del tutto assorbente, gli «effetti che sullo standard di attenzione e di capacità di reazione al pericolo possono derivare dalle concrete condizioni di svolgimento del lavoro (disagio ambientale, ritmi eccessivi, orario prolungato), ed i motivi (dal disagio inerente all'uso di certi mezzi protettivi ad un malinteso orgoglio professionale) che possono indurre gli stessi lavoratori a comportamenti inosservanti»²². Dal 1994, in particolare, la prevenzione si è sviluppata anche attraverso un rapporto dialettico più accentuato con il lavoratore. Sono stati incrementati gli obblighi informativi nei confronti del lavoratore, a cui è stato dedicato per intero il dettagliato art. 21 d.lgs. 626/1994, mentre prima il dovere di informare i lavoratori dei rischi per la sicurezza era sinteticamente solo menzionato tra gli obblighi del datore di lavoro. Soprattutto, poi, si è puntato molto sulla formazione del lavoratore. A ciò è stato appunto dedicato l'art. 22 del d.lgs. 626/1994, rubricato «formazione dei lavoratori».

Si tratta di una strada proseguita con il d.lgs. 81/2008, il quale prevede, anch'esso in due disposizioni appositamente dedicate alla materia, quelle di cui agli artt. 36 e 37, obblighi informativi e formativi a beneficio del lavoratore, ricalcando in larga misura le norme del 1994.

Si assiste, dunque, a un progressivo coinvolgimento del lavoratore, «partecipe consapevole»²³, nella gestione della sua sicurezza. Per certi versi, si può parlare di una maggiore responsabilizzazione, anche se già nel 1955 erano previste delle sanzioni addirittura penali (di natura contravvenzionale) a carico del lavoratore inosservante dei propri obblighi precauzionali. A partire dal 1955 fino ad oggi, il lavoratore che non osserva gli obblighi di sicurezza a lui rivolti (prevalentemente nel suo stesso interesse) realizza un reato di mera condotta, attiva od omissiva, a seconda dei casi: così, l'art. 392 d.p.r. 547/1955, l'art. 93 d.lgs. 626/1994 e, da ultimo, l'art. 59 d.lgs. 81/2008.

Sembra difficile, comunque, in un contesto come questo (e a maggior ragione dopo il 1994), continuare a descrivere il lavoratore, come invece si faceva in passato, quale mero creditore di sicurezza. Il lavoratore non può – non può più – non essere considerato, almeno in qualche misura, *anche* debitore di sicurezza; per sé e anche per gli altri lavoratori²⁴. Risulta anacronistico, in definitiva, ignorare l'evoluzione normativa per spostare completamente il baricentro su norme come l'attuale art. 18, co. 1, lett. f, d.lgs. 81/2008, nella cui formulazione si legge (quale riproposizione di una regola già enunciata dall'art. 4, lett. c, d.p.r. 547/1955 e poi dall'art. 4, co. 5, lett. f, d.lgs. 626/1994) che il datore di lavoro e i dirigenti con le relative competenze «devono» «richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione».

Nel passato prossimo (degli ultimi decenni), il tasso di autoresponsabilità riscontrabile negli orientamenti giurisprudenziali relativi a incidenti condizionati da condotte inosservanti degli stessi lavoratori coinvolti si è rivelato decisamente al di sotto delle potenzialità del dato normativo. In

²² D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino 1992, 111.

²³ L'espressione è di T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *RTDPE* 1996, 1164.

²⁴ In dottrina, vi è un certo (e comprensibile) scetticismo nei confronti della possibilità di descrivere il lavoratore addirittura come “garante” di sicurezza. In tal senso, ad esempio, P. Veneziani, *La responsabilità penale per omesso impedimento di infortuni sul lavoro*, in *DPP* 1998, 1147; F. Mucciarelli, *I coefficienti soggettivi di imputazione*, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, a cura di B. Deidda, A. Gargani, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2012, 220 s.

un'accurata indagine in argomento²⁵ si sono individuati due filoni principali, uno più risalente e un altro consolidatosi successivamente, accomunati dall'implicazione di non escludere quasi mai la responsabilità del garante, spesso evocando a supporto della loro impronta ipercolpevolista la disposizione dell'art. 2087 Cc, il cui dettato, a ben vedere, si limita nella sostanza a formalizzare il "nudo" dato dell'esistenza di una posizione di garanzia volta a «tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

L'orientamento che può definirsi più tradizionale, la cui terminologia, a ben vedere, non di rado si ritrova ancora, si è basato su criteri di *eccezionalità*, *imprevedibilità* e *abnormità*. L'esclusione della responsabilità del datore di lavoro è stata ammessa (peraltro più in astratto che nei fatti) soltanto in presenza di una condotta del lavoratore connotata da tali tratti e ragionando in una prospettiva di interruzione del nesso di causalità²⁶.

In seguito si è calato l'accento più che altro su profili di *eccentricità* ed *esorbitanza* del rischio (scorrettamente) gestito dal lavoratore e sviluppatosi poi nell'evento dannoso rispetto alla sfera degli obblighi protettivi del garante²⁷. Si tratta di un orientamento concettualmente più condivisibile, quantomeno nella misura in cui non pretende apertamente di accollare al datore di lavoro tutti gli eventi più o meno prevedibili, ma rimanda alla definizione di un'area di competenza di tale garante (*Risikozuständigkeit*)²⁸, al di fuori della quale l'evento dovrebbe ascrivarsi unicamente all'autoresponsabilità dell'infortunato. In questa prospettiva, si è quindi precisato che «la condotta del lavoratore che si inserisca a pieno titolo nell'ambito delle mansioni per le quali è stato assunto e che rappresenti lo sviluppo naturale dell'organizzazione delle lavorazioni alle quali afferisce la sua opera, ancorché caratterizzata da imprudenza, non può integrare una causa

²⁵ D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel settore della sicurezza del lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *Diritto penale e autoresponsabilità*, a cura di M. Ronco, M. Helfer, cit., in particolare 201 ss.

²⁶ Tra le tante, ad esempio, Cass. pen., sez. I, 17.9.2004, n. 36804, in *www.dejure.it*; più di recente, Cass. pen., sez. IV, 14.3.2014, n. 22249, in *CP* 2015, 1208.

²⁷ Tra le più recenti, Cass. pen., sez. IV, 26.1.2021, n. 5794, in *www.dejure.it*: «In tema di prevenzione antinfortunistica, perché la condotta colposa del lavoratore possa ritenersi abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento lesivo, è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia (Fattispecie in cui la Corte ha escluso l'abnormità della condotta del lavoratore, deceduto per essere rimasto intrappolato nella bobina di una macchina per la lavorazione di tessuti, priva di dispositivi di protezione atti a eliminare il rischio di trascinamento e intrappolamento, ritenendo priva di rilievo nell'eziologia dell'evento l'assunzione da parte del lavoratore di farmaci a base di benzodiazepine, idonei a produrre depressione del sistema nervoso centrale)». Si tratta di un indirizzo che ha ricevuto un autorevole accreditamento da parte della nota sentenza "ThyssenKrupp": Cass. pen., S.U., 24.4.2014, n. 38343, (ad esempio) in *CP* 2015, 426 ss., con commento di K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssen Krupp. Profili di tipicità e colpevolezza ai confini tra dolo e colpa*, 490 ss.

²⁸ Sui rapporti tra sfere di competenza e autoresponsabilità, in particolare, L. Cornacchia, *Autoresponsabilità e imputazione*, in *Diritto penale e autoresponsabilità*, a cura di M. Ronco, M. Helfer, cit., 99 ss., di cui si veda, per una più compiuta elaborazione teorica volta a risolvere in chiave sostanzialmente funzionalista (calibrata in ogni caso sull'architettura costituzionale italiana) le più spinose questioni sulla c.d. colpa relazionale: Id., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004. Diffusamente anche D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia*, 2015, 509 ss., che ritiene ben possibile individuare, in termini speculari alla competenza del garante, «un'esclusiva area di auto-competenza sui fattori di rischio conseguenti alle proprie libere e consapevoli decisioni: con la conseguenza che, ove ne scaturissero conseguenze offensive, la persona danneggiatasi non potrebbe che addebitare a sé stesso quanto ha subito. È la logica, di solare evidenza, dell'imputet sibi» (527); già prima in argomento in Id., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia* 2014, 323 ss.

sopravvenuta idonea ad escludere il nesso causale tra gli obblighi di protezione gravanti sul datore e l'evento lesivo»²⁹.

Il “vizio occulto” di tale orientamento, al di là dell'incoerente scelta di fondo di continuare a inquadrare la questione sul terreno causale, risiede nella tendenza a desumere pressoché automaticamente dalla verifica dell'incidente nel contesto lavorativo una mancanza del datore di lavoro, vanificando così a valle il carattere selettivo del criterio indicato a monte. È stato efficacemente notato come, in questo modo, si accrediti una *doppia deformazione dell'agente modello*: in termini estensivi riguardo al datore di lavoro e in termini oltremodo lassisti nei confronti del lavoratore³⁰.

Tra le prese di posizione più sensibili all'esigenza di limitare la profondità della posizione di garanzia del datore di lavoro viene spesso evocata una sentenza del 1993³¹, la cui massima recita: «I responsabili dell'organizzazione del lavoro, qualora predispongano nel migliore dei modi le operazioni da compiere per l'esecuzione dello stesso, hanno motivo per contare sull'esatto adempimento dell'obbligazione di lavoro da parte dei lavoratori e per attendersi da costoro l'uso della normale diligenza nell'eseguire l'operazione. Ed infatti, se il lavoratore ha il diritto di aspettarsi che il datore di lavoro lo metta nelle condizioni migliori per lavorare, il datore di lavoro ha, dal canto suo, il corrispondente diritto di attendersi, una volta compiuto quanto gli spetta, che il lavoratore faccia quel che deve, ha diritto di fare affidamento sull'esatto adempimento da parte del lavoratore del proprio dovere».

La Cassazione si era trovata a confrontarsi con un'imputazione formulata a carico dei vertici di una società petrolifera per incendio colposo e omicidio colposo plurimo, in quanto due dipendenti adibiti al turno di notte avevano lasciato colposamente tracimare un notevole quantitativo di benzina da un serbatoio, consentendo il verificarsi di una potentissima esplosione, letale per loro e per alcuni abitanti della zona. Nel regime normativo allora vigente, quello del d.p.r. 547/1955, l'obbligo dei responsabili aziendali di «disporre ed esigere che i singoli lavoratori osservino le norme di sicurezza ed usino i mezzi di protezione messi a loro disposizione» (art. 4, lett. c) è stato ritenuto adempiuto sulla base del fatto che alle operazioni (invero di carattere routinario) fosse adibito personale esperto ed informato sui rischi dell'attività e sulle sue precise modalità di svolgimento, peraltro prevedendo la presenza di due persone, soprattutto per prevenire l'addormentamento.

A ben vedere, questa sentenza non riconosce uno spazio particolarmente ampio al principio di affidamento: ad esempio, non vi si legge una legittimazione del datore di lavoro a confidare pienamente nell'osservanza da parte dei lavoratori degli obblighi cautelari elencati nell'art. 6 d.p.r. 547/1955. Tuttavia, rappresenta un esempio di come quel limite al principio di affidamento costituito dalla titolarità di una posizione di garanzia implicante compiti di controllo dell'operato altrui non debba essere concepito in senso assoluto, ma relativo, cioè capace di coesistere con *parziali aspettative di efficienza* dei soggetti “controllati”³².

²⁹ Cass. pen., sez. IV, 18.1.2019, n. 2316, richiamata in D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel settore della sicurezza del lavoro*, cit., 203.

³⁰ D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel settore della sicurezza del lavoro*, cit., 211.

³¹ Cass. pen., sez. IV, 9.2.1993, in CP 1994, 1635. La sentenza è leggibile per esteso in RTDPE 1995, ove è accompagnata da un ampio commento di G.P. Volpe, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, 102 ss., con diffusi riferimenti alla dottrina precedente sul principio di affidamento.

³² Evidenzia questo aspetto M. Mantovani, *Responsabilità per inosservanza degli obblighi istituiti dal d.lgs. n. 626 del 1994 e principio di affidamento*, in *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, a cura di L. Montuschi, Torino 1997, 292 ss.

In questa logica di maggior equilibrio si colloca qualche pronuncia di legittimità relativamente recente, ad esempio una del 2016³³, che dà esplicitamente conto dell'affiorare in alcuni precedenti del principio di «autoresponsabilità del lavoratore»: «Nel sistema della normativa antinfortunistica, che si è lentamente trasformato da un modello “iperprotettivo”, interamente incentrato sulla figura del datore di lavoro investito di un obbligo di vigilanza assoluta sui lavoratori, a un modello “collaborativo”, in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi gli stessi lavoratori, il datore di lavoro non ha più un obbligo di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore, ma – una volta che abbia effettuato una valutazione preventiva del rischio connesso allo svolgimento di una determinata attività, abbia fornito tutti i mezzi idonei alla prevenzione e abbia adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della sua posizione di garanzia – non risponderà dell'evento derivante da una condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore».

Che si tratti dell'avvio di una nuova stagione giurisprudenziale³⁴ sembra possibile ipotizzarlo (e auspicarlo) alla luce di una ricerca compiuta sugli approdi della IV sezione penale della Cassazione degli ultimissimi anni³⁵. Tra i principi di diritto più ragionevoli vi è quello per cui la sorveglianza del datore di lavoro «non si estende all'obbligo di monitoraggio “momento per momento” delle lavorazioni e dell'ottemperanza alle prescrizioni antinfortuniche da parte dei lavoratori e degli altri soggetti obbligati»³⁶. Inoltre, si è calato l'accento sulla ordinaria proiezione delle cautele antinfortuniche alla protezione del lavoratore da eventi accidentali piuttosto che frutto di deliberate autoesposizioni al pericolo³⁷.

A quanto appena considerato si accompagna, in parallelo, una progressiva valorizzazione della c.d. misura soggettiva della colpa³⁸, cioè quel «versante di natura più squisitamente soggettiva, collocato nell'ambito della colpevolezza e connesso alla possibilità dell'agente di osservare la regola cautelare». È proprio declinando tali parole con riferimento a una vicenda concreta che si è giunti, in sede di legittimità, a superare (con annullamento senza rinvio, «perché il fatto non costituisce reato») la condanna di un preposto che, a ben vedere, non si trovava nelle condizioni

³³ Cass. pen., sez. IV, 10.2.2016, n. 8883, in *www.dejure.it*.

³⁴ Il principio di diritto riportato nel testo è stato ripreso, di recente, ad esempio, da Cass. pen., sez. IV, 12.11.2021, n. 836, in *www.dejure.it*.

³⁵ Assai ricca e significativa nella direzione indicata nel testo è la rassegna giurisprudenziale presentata dal Prof. Dario Micheletti in occasione del convegno «Responsabilità penale per tipo e modo di produzione», svoltosi a Bologna il giorno 28.4.2022.

³⁶ Cass. pen., sez. IV, 24.2.2022, n. 10334, in *www.dejure.it*. Tale principio di diritto è risultato (favorevolmente) decisivo per un datore di lavoro che aveva impartito le necessarie informazioni operative a un lavoratore, il quale si è invece deciso a disattendere, procedendo in maniera alternativa a operazioni di esbosco, in particolare alla rimozione di un pioppo rimasto incastrato in una pianta di carpino: «anziché provvedere alla rimozione utilizzando il verricello forestale e trainare il pioppo in direzione contraria a quella di caduta senza che nessun operatore stazionasse nell'area sottostante (come previsto dalle linee guida della Regione Veneto per l'esecuzione delle utilizzazioni forestali), segava il carpino, con il risultato che un ramo di quest'ultimo colpiva il lavoratore al capo e alla schiena, procurandogli lesioni gravi che lo traevano a morte nel giro di poche ore».

³⁷ Cass. pen., sez. IV, 12.11.2021, n. 836, cit. In questo caso, il lavoratore, che stava impiegando un tornio per la riduzione di un tondino di alluminio di 20 centimetri, al fine di prelevare il pezzo dopo la tornitura, ha infilato la mano destra, indossante un guanto, nella zona di lavoro della macchina quando ancora gli organi erano in movimento. Il dito mignolo, rimanendo a contrasto con la torretta, ha riportato la frattura scomposta della falange. Ciò su cui è stato posto l'accento è che il lavoratore, con esperienza di lunga data, al fine di arrestare la macchina, ha deliberatamente azionato la leva di frizione anziché il freno a pedale, con la conseguenza che la rotazione non si è immediatamente interrotta ma ha continuato per inerzia ancora per qualche secondo, consentendo così l'incidente lesivo.

³⁸ Sul concetto di doppia misura della colpa, per tutti, S. Canestrari, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *IP* 2012, 21 ss. Da ultimo, in argomento, M. Caputo, *Misura e grado della colpa*, in *www.discrimen.it*, 16.12.2021, in particolare 2 ss., a cui si rinvia anche per aggiornati richiami dottrinali.

per poter pienamente soddisfare le aspettative cautelari relative alla prevenzione di un incidente lesivo verificatosi nel reparto macelleria di un supermercato, peraltro per effetto di una prassi volta ad aggirare deliberatamente i meccanismi di protezione (per l'utente) del macchinario da taglio impiegato: «La veste di preposto assunta da soli cinque giorni non costituisce di per sé prova né della conoscenza né della conoscibilità di prassi comportamentali contrarie alle disposizioni in materia antinfortunistica e sfociate poi nell'evento lesivo. Diversamente opinando, si porrebbe in capo al garante una inaccettabile responsabilità penale “da posizione”, tale da sconfinare nella responsabilità oggettiva»³⁹.

Per completezza, si può aggiungere che il principio di affidamento potrebbe essere concepito anche tra soggetti titolari di obblighi antinfortunistici ma diversi dalla persona che subisce l'evento dannoso. Si potrebbe, in particolare, sviluppare un ragionamento sull'istituto della delega di funzioni che, nell'economia del d.lgs. 81/2008, lascia formalmente sussistere un obbligo di vigilanza in capo al delegante⁴⁰. Anche in questo caso, come del resto dimostra lo stesso art. 16, co. 3, che prevede una possibilità di adempimento dell'obbligo non consistente in un monitoraggio costante (che peraltro vanificherebbe il senso della delega), si tratta di trovare un bilanciamento nella ripartizione del carico cautelare.

4. Nell'ambito della circolazione stradale l'ideale della personalità della responsabilità penale viene sollecitato in diversi orientamenti. Il principio di affidamento nei confronti degli altri utenti della strada è spesso menzionato ma altrettanto di frequente considerato concretamente inapplicabile. Un approccio particolarmente paternalistico riguarda le dinamiche che vedono come danneggiato un pedone, ma anche rispetto all'obbligo di allacciamento delle cinture di sicurezza da parte di tutti i passeggeri la rigidità della giurisprudenza nei confronti del conducente appare notevole.

Poiché a tutti gli utenti della strada sono indirizzate regole di comportamento che hanno (anche, se non soprattutto) valenza preventiva, una deroga del principio di affidamento si dovrebbe ipotizzare soltanto in presenza di indizi davvero concreti di inosservanza cautelare di terzi. Soltanto a questa condizione si può accogliere l'ambigua massima che ampiamente ricorre: «la possibilità di fare affidamento sull'altrui correttezza in tale ambito trova opportuno temperamento nell'opposto principio secondo il quale l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui, purché rientri nel limite della prevedibilità»⁴¹.

Nelle stesse pronunce capita di trovare precisazioni importanti al fine di comprendere appieno l'approccio della giurisprudenza in tema di circolazione stradale rispetto al principio di affidamento, che – si afferma – «viene meno allorché l'agente sia gravato da un obbligo di

³⁹ Cass. pen., sez. IV, 8.10.2020, n. 1096, in *GI* 2021, 2218 s., con commento di D. Castronuovo, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, 2219 ss., il quale riconosce alla pronuncia di aver maturato l'impostazione richiamata nel testo «a seguito delle recenti sollecitazioni, provenienti da una parte della dottrina, a valorizzare, assieme alla dimensione del fatto tipico illecito, anche la componente di colpevolezza della colpa medesima, introducendo giudizi di individualizzazione funzionali a ridurre gli aspetti di imperante iper-normativizzazione concettuale e gli esiti applicativi di ultra-oggettivazione di tale elemento soggettivo».

⁴⁰ Sul punto, tra i contributi più recenti, ad esempio, S. Tordini Cagli, *La delega di funzioni*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*², a cura di D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, Torino 2021, 127 ss., in particolare 138 ss.; G. Morgante, *La ripartizione volontaria dei doveri di sicurezza tra garanti "innominati": la delega di funzioni*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, II, a cura di M. Catenacci, V.N. D'Ascola, R. Rampioni, Roma 2021, 1740 ss. Prima dell'entrata in vigore della disciplina attuale, per diffuse considerazioni sul principio di affidamento nel contesto della delega di funzioni, M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., 245 ss.

⁴¹ Ad esempio, Cass. pen., sez. IV, 18.12.2019, n. 138, in *www.dejure.it*.

controllo o sorveglianza nei confronti di terzi o, quando, in relazione a particolari contingenze concrete, sia possibile prevedere che altri non si atterrà alle regole cautelari che disciplinano la sua attività: ciò che è quanto si verifica nella materia *de qua*, in ragione del rilievo che il contesto della circolazione stradale è meno definito rispetto, per esempio, a quello di *équipe* proprio della responsabilità derivante dall'esercizio delle professioni sanitarie, ma anche in ragione dell'ulteriore rilievo che alcune norme del codice della strada estendono al massimo l'obbligo di attenzione e prudenza, sino a ricomprensivi il dovere dell'agente di prospettare le altrui condotte irregolari»⁴².

Coglie nel segno, dunque, la lettura di quella dottrina che ha da tempo individuato nella particolare disciplina positivizzata nel Cds uno dei fattori decisivi per il limitato riconoscimento del principio di affidamento nel contesto di cui ci si sta occupando. L'art. 145 Cds, ad esempio, disciplina sì il diritto di precedenza, ma, altrettanto e con «priorità» – si è affermato⁴³ – prescrive un obbligo di comportamento sostanzialmente antitetico, in particolare per i conducenti con diritto di precedenza: «I conducenti, approssimandosi ad una intersezione, devono usare la massima prudenza al fine di evitare incidenti» (co. 1).

Tutto si gioca, evidentemente, sul senso da attribuire alla prevedibilità della violazione altrui e in particolare sul suo grado di concretezza. Se, infatti, si tende a riconoscere la prevedibilità di un comportamento scorretto dei soggetti con cui si interagisce per il semplice fatto che una condotta del genere, indipendentemente dalla sua probabilità concreta, non può essere radicalmente esclusa in quel contesto, non si procede a ribadire un fisiologico equilibrio tra regola ed eccezioni, ma si finisce, piuttosto, per svuotare del tutto di linfa operativa la prima. A quel punto, il principio di affidamento finirebbe per essere richiamato in favore dell'imputato, quale mera clausola di stile, soltanto quando non avrebbe in realtà più alcuna utilità, cioè nei casi di pressoché assoluta imprevedibilità della condotta inosservante: in questo senso, sembra potersi evocare una sorta di *illusione ottica* circa l'effettiva applicazione del principio.

La logica appena descritta è chiaramente alla base dello svuotamento del contenuto regolativo del principio di affidamento nella casistica relativa ad alcune dinamiche in particolare, ad esempio quando sono coinvolti dei pedoni, che pure il Cds concepisce come titolari di precisi obblighi di comportamento. Ciò nonostante, il guidatore, per il semplice fatto che avvisti un pedone, deve praticamente essere pronto a tutto: «La circostanza che i pedoni attraversino la strada improvvisamente o si attardino nell'attraversare costituisce un rischio tipico e quindi prevedibile della circolazione stradale. Al contrario, il conducente va esente da responsabilità solo ove, per motivi estranei a ogni obbligo di diligenza, si sia trovato nell'oggettiva impossibilità di notare il pedone e di osservarne tempestivamente i movimenti, attuati in modo rapido, inatteso e imprevedibile»⁴⁴.

⁴² Cass. pen., sez. IV, 18.12.2019, n. 138, cit.

⁴³ In questo senso, si veda soprattutto M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., 56.

⁴⁴ Tra le più recenti a proporre il principio di diritto richiamato nel testo, Cass. pen., sez. IV, 27.1.2021, n. 7094, in *www.dejure.it*. Per altrettanto recenti pronunce da cui emerge più esplicitamente una tendenziale chiusura verso il principio di affidamento nei confronti del pedone, Cass. pen., sez. IV, 6.5.2021, n. 24414 e Cass. pen., sez. IV, 19.5.2021, n. 20912, entrambe in *www.dejure.it*; inoltre Cass. pen., sez. IV, 10.5.2017, n. 27513, per esteso in *www.dejure.it*, ma commentata, con condivisibili riserve critiche, da A. Cappellini, *Circolazione stradale e principio di affidamento: l'impervio cammino della personalizzazione dell'illecito colposo*, in *Parola alla difesa* 2017, 643 ss. In argomento, si veda anche G. Marino, *Il contributo contra se della vittima, con particolare riferimento all'investimento del pedone imprudente*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17.1.2020.

Più condivisibili sono prese di posizione come quella, resa in sede di merito⁴⁵, con cui è stata assolta un'automobilista che ha investito in una strada di pianura, in orario serale, due pedoni in cerca di tartufo, uccidendone uno e ferendo l'atro. Ancorché mai menzionata esplicitamente, è stata di fatto valorizzata l'autoresponsabilità delle persone coinvolte, alla luce dei seguenti aspetti, che, per il Giudice, hanno consentito di non ravvisare una limitazione del principio di affidamento:

- velocità di marcia del veicolo di 50-55 km/h con limite, per quel tratto, di 90 km/h;
- divieto regionale e nazionale di ricerca dei tartufi in fascia oraria notturna;
- in assenza di marciapiede, i due pedoni procedevano nello stesso senso di marcia dei veicoli e non in senso opposto, come invece previsto dal codice della strada;
- i due pedoni non procedevano in un'unica fila, come invece previsto dal Cds, ma affiancati, peraltro non a margine della strada, ma al centro della carreggiata;
- l'abbigliamento prescelto dai pedoni era non solo di colore scuro ma persino mimetico, mentre per il Giudice sarebbe stato opportuno, al contrario, indossare un giubbotto catarifrangente (misura ricavata per analogia da ciò che prevede il Cds per la segnalazione di un veicolo fermo in condizioni di visibilità limitata);
- il tratto di strada interessato è in aperta campagna, lontano da abitazioni e nel momento dell'investimento, nei dintorni, non c'erano nemmeno auto in sosta, che avrebbero forse potuto accendere un campanello d'allarme.

La soluzione del caso si è espressamente basata, tra l'altro, sul ragionevole principio di diritto già espresso in sede di legittimità, in base al quale l'art. 141 Cds – che impone al conducente, in particolare, di regolare la velocità «in modo che sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose», nonché il massimo controllo del veicolo, così da «essere in grado di compiere tutte le manovre necessarie in condizione di sicurezza» – «riguarda esclusivamente gli eventi che ricadono nella sfera di prevedibilità ed il comportamento di un pedone che procede in strada extraurbana, al buio, senza giubbotto retroriflettente e contromano costituisce una condotta che ben potrebbe esulare dalla suddetta sfera di prevedibilità»⁴⁶.

Venature paternalistiche evidenti si riscontrano negli orientamenti che dal corredo normativo dell'art. 172 Cds si spingono a ricavare in capo al conducente di un veicolo una (tutt'altro che scontata) posizione di garanzia di profondità tale da imporgli di pretendere l'allacciamento della cintura di sicurezza da parte di tutti gli occupanti del mezzo⁴⁷, a nulla rilevando il fatto che possa ben trattarsi di soggetti (ad esempio non minorenni) pienamente consapevoli dell'esistenza di un proprio obbligo – esso stesso venato di paternalismo⁴⁸ – presidiato da sanzione amministrativa e soprattutto della situazione di rischio a cui si espongono rinunciando a vincolarsi al dispositivo di sicurezza in menzione. Si tratta di un indirizzo piuttosto consolidato e riproposto anche di recente nei termini seguenti: «Il conducente è tenuto a controllare, prima di iniziare o proseguire la marcia,

⁴⁵ G.U.P. Trib. Bologna, 9.7.2020, pubblicata insieme al commento (a cui sia consentito il rinvio): M.L. Mattheudakis, *Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell'evento*, in *SP* 1/2021, 87 ss.

⁴⁶ Cass. pen., sez. IV, 14.4.2016, n. 35834, in *www.dejure.it*.

⁴⁷ Cass. pen., sez. IV, 14.1.2010, n. 3585, in *FI* 2010, II, 395 ss., con commento critico di I. Giacona, *Passaggero adulto senza cintura di sicurezza e responsabilità del guidatore per omicidio colposo: una discutibile impostazione della costante giurisprudenza*, 398 ss., ampiamente condivisibile già nella parte in cui si esprimono serie perplessità sulla base legale di una posizione di garanzia come quella descritta.

⁴⁸ Si tratta di un obbligo che, sul piano cautelare, potrebbe avere anche una funzione eteroprotettiva, almeno nella misura in cui impedisce che in caso di collisione o di brusca frenata si frani addosso ad altri occupanti l'abitacolo, compreso il guidatore, dando così causa a ulteriori fonti di pericolo. Sembra questa la logica che, ad esempio, sta alla base anche delle regole sul trasporto in automobile degli animali, i quali, al di là di ciò che riguarda la loro incolumità, devono comunque essere sistemati in modo tale da non interferire con il conducente: così, nella sostanza, l'art. 169, co. 6, Cds.

che questa avvenga in conformità delle normali regole di prudenza e di sicurezza, esigendo che il passeggero indossi la cintura di sicurezza fino a rifiutarne, in caso di sua renitenza, il trasporto o ad omettere l'intrapresa della marcia»⁴⁹.

Su queste basi, si è pervenuto ad affermare che, in caso di incidente, il conducente può essere considerato penalmente responsabile del danno subito dal passeggero a cui non abbia imposto l'allacciamento della cintura di sicurezza anche qualora per l'incidente lo stesso conducente non abbia alcuna colpa "di guida"⁵⁰. Si pensi al caso di un'improvvisa invasione di corsia da parte di un veicolo procedente in senso opposto. Si tratta di una casistica nella quale non basta, ad esempio, frenare per evitare l'impatto frontale, che può essere quindi ascrivibile, quale evento intermedio, a una colpa esclusiva altrui.

Una soluzione più equilibrata, di maggior rispetto della libertà di autodeterminazione (ancorché non priva di criticità sul piano probatorio, soprattutto in caso di morte del trasportato; criticità a cui però potrebbe via via porre rimedio l'incessante sviluppo tecnologico delle automobili, sempre più dotate di computer di bordo o comunque di dispositivi capaci di fungere anche da "scatole nere" all'occorrenza)⁵¹ potrebbe consistere nell'imporre al conducente (soltanto) di rivolgere al passeggero pienamente capace di autodeterminarsi che non abbia già provveduto autonomamente all'allacciamento un richiamo all'opportunità di farlo. Il passeggero potrebbe infatti semplicemente dimenticarsi e questo "promemoria" avrebbe allora il senso di rendere a tutti gli effetti una *scelta consapevole* quella di continuare a non procedere all'allacciamento. A quel punto, in assenza di violazioni cautelari "circolatorie" da parte del conducente, apparirebbe – come del resto appare già oggi – davvero troppo paternalistico imputargli qualsiasi danno occorso al passeggero (da considerarsi) autoresponsabile.

5. Nei contesti di base intrinsecamente criminosi è possibile constatare come la frequente approssimazione per cui nell'accertamento della colpa per l'evento qualificante più grave di quello voluto basterebbe riscontrare una prevedibilità sia insidiosa e ostacoli l'affermazione di una colpa realmente compatibile con il principio di autoresponsabilità. Come visto (più volte) anche nel corso della trattazione, alla base della colpa per eventi dannosi vi è senza dubbio la prevedibilità – una prevedibilità che deve essere in concreto – ma quest'ultima non rappresenta più che una condizione necessaria della colpa, essendo tutt'altro che sufficiente. Se non c'è prevedibilità non si può parlare di colpa, ma in presenza di prevedibilità non si può ancora parlare di (piena) colpa. Non può valere, qui, una versione rigida del principio *simul stabunt, simul cadent*.

Questa constatazione, che rispetto alle ipotesi di responsabilità puramente colposa non presenta aspetti di particolare originalità, si rivela tutt'altro che banale, anzi fondamentale nel momento in cui si pensa proprio alle fattispecie miste di dolo e colpa, in particolare alla c.d. colpa in un contesto illecito. Per una parte non trascurabile della dottrina, non sarebbe possibile parlare di vera colpa, in quanto in questo terreno non si riuscirebbero a immaginare autentiche regole precauzionali. Si violerebbe il principio di non contraddizione dell'ordinamento – si dice – se davvero si vietasse penalmente un comportamento e contestualmente si prescrivessero modalità caute per la sua

⁴⁹ Cass. pen., sez. IV, 9.2.2021, n. 9760, in *www.dejure.it*.

⁵⁰ Così Cass. pen., sez. IV, 14.1.2010, n. 3585, cit., rispetto a una vicenda in cui, in sede di merito, al guidatore era stato rimproverato unicamente di non aver imposto al passeggero l'allacciamento della cintura di sicurezza

⁵¹ Sul piano normativo, si vedano ora le previsioni del documento europeo C(2022)395, cioè il regolamento delegato della Commissione UE del 26.1.2022 (di integrazione del regolamento UE 2019/2144 del Parlamento europeo e del Consiglio), che dispongono, appunto, l'imminente obbligo di dotazione per alcuni veicoli di un Event Data Recorder (EDR).

realizzazione⁵². Del resto, anche un agente modello non sarebbe semplice da ricostruire quando si pensa, ad esempio, a profili diversi dal medico, dal guidatore, dal datore di lavoro, e ci si concentra sull'aggressore, sullo spacciatore ecc., ma ciò non significa che sia del tutto fuori luogo limitarsi all'accertamento della mera prevedibilità in concreto dell'evento quale conseguenza del fatto illecito di base.

La prevedibilità rileva penalmente perché avrebbe consentito all'agente una consapevole alternativa al comportamento che ha effettivamente tenuto. Certo, l'alternativa migliore nella prospettiva dell'ordinamento sarebbe la radicale astensione dal delinquere, ma una volta superata questa soglia logica, sarebbe ipocrita e contraddetto da una significativa schiera di istituti (tra cui le circostanze aggravanti) concludere che l'ordinamento si disinteressa di tutto ciò che supera il confine con l'illecito e ne approfondisca l'offesa. Non sembra affatto corrispondente alla realtà affermare che l'ordinamento sia indifferente al fatto che il soggetto che si trova *in re illicita* governi cautamente o meno il rischio onde evitare conseguenze più gravi. Non si spiegherebbe, infatti, perché mai allora punirebbe di più in caso di verifica di eventi più gravi di quelli illeciti voluti.

Si può ragionare sui contenuti di queste cautele «subordinatamente doverose»⁵³, financo arrivando ad assumere come parametro per la loro edificazione la stessa prevedibilità in concreto. È in ogni caso importante che resti ferma questa idea per cui la prevedibilità non rileva di per sé ma si proietta in una logica deontica: se si punisce di più colui che non governa in modo cauto un rischio illecito, lo si fa perché questo soggetto non soltanto poteva comportarsi in modo diverso, ma, in definitiva, doveva... evidentemente!

Il fatto che la prevedibilità in concreto non basti, sembra dimostrarlo la giurisprudenza sull'art. 586 Cp, cioè sul delitto di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto. Con riferimento a questa fattispecie, la giurisprudenza, a parole, ha ampiamente valorizzato il principio di colpevolezza con l'autorevole sentenza "Ronci"⁵⁴, relativa a un caso di morte come conseguenza di cessione di stupefacenti: uno scenario piuttosto classico di applicazione dell'art. 586 Cp. Il principio di diritto affermato è il seguente: «nell'ipotesi di morte verificatasi in conseguenza dell'assunzione di sostanza stupefacente, la responsabilità penale dello spacciatore ai sensi dell'art. 586 Cp per l'evento morte non voluto richiede che sia accertato non solo il nesso di causalità tra cessione e morte, non interrotto da cause eccezionali sopravvenute, ma anche che la morte sia in concreto rimproverabile allo spacciatore e che quindi sia accertata in capo allo stesso la presenza dell'elemento soggettivo della colpa in concreto, ancorata alla violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma penale che incrimina il reato base) e ad un coefficiente di

⁵² In questo senso, ad esempio, A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività illecite secondo le Sezioni Unite. Riflessi sullo statuto della colpa penale*, in *CP* 2009, 4585 ss.: «non può ritenersi che, allo stesso tempo, l'ordinamento giuridico vieti una condotta e indichi (colpa specifica) o recepisca (colpa generica) le cautele – *rectius*: le modalità – per il suo svolgimento; poiché lo stesso concetto di condotta implica necessariamente sue proprie modalità, negarne la sua (lecita) esistenza giuridica non può che significare la irrilevanza giuridica di ogni concreta possibile modalità per la sua realizzazione» (4591). Per una recente e condivisibile critica di un punto di vista del genere, G. De Francesco, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.2.2021, 24 ss.

⁵³ Per una più compiuta elaborazione del concetto (che si basa su un privilegio, *in re illicita*, per le regole cautelari in dottrina efficacemente definite «proprie»: P. Veneziani, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova 2003, 15 ss.), sia consentito il rinvio a M.L. Mattheudakis, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna 2020, in particolare 162 ss.

⁵⁴ Cass. pen., S.U., 22.1.2009, n. 22676, ad esempio, in *CP* 2009, 4564 ss., con commento di A. Carmona, *La "colpa in concreto" nelle attività*, cit., 4585 ss.; in *FI* 2009, II, 448 ss., con commento di A. Tesaurò, *Responsabilità dello spacciatore per la morte del tossicodipendente: le sezioni unite optano per la colpa in concreto*, 450 ss.

prevedibilità ed evitabilità in concreto del rischio per il bene della vita del soggetto che assume la sostanza, valutate dal punto di vista di un razionale agente modello che si trovi nella concreta situazione dell'agente reale ed alla stregua di tutte le circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale».

Il punto è che nelle esemplificazioni di questa “colpa” si intravede bene il rischio di una frustrazione delle istanze di personalità della responsabilità penale, già riguardo al piano del fatto proprio, perché si dice che c'è colpa in caso di:

- cessione della sostanza a un acquirente che denotava un alito vinoso o che presentava caratteristiche esteriori di fragilità fisica o di consumatore di medicinali;
- cessione della droga all'interno di una discoteca o di altro locale in cui solitamente si fa uso di sostanze alcoliche, essendo quindi altamente probabile una assunzione congiunta di stupefacenti e alcol;
- cessione a soggetti minorenni di cui poteva essere conoscibile la minore resistenza a quella determinata sostanza;
- cessione di eroina a un soggetto di cui si conoscevano i precedenti tentativi di disintossicazione e quindi la maggiore esposizione al rischio di overdose;
- cessione di eroina a persona di giovanissima età, di esile costituzione fisica e che evidenziava la precedente assunzione di tranquillanti.

Molte di queste ipotesi, per via di una prevedibilità ampiamente sganciata da una dimensione normativa che è invece propria della colpa, si traducono in forme di responsabilità con evidenti venature paternalistiche. Si dovrebbe invece comprendere l'importanza di non accontentarsi, nei contesti illeciti, della mera prevedibilità in concreto e di richiedere la violazione di regole cautelari rispetto alle quali si proceda poi alla verifica della effettiva concretizzazione nell'evento dello specifico rischio attivato con l'inosservanza precauzionale. In questa prospettiva, alcune modalità di realizzazione dell'evento dovrebbero essere estromesse dall'imputazione, un po' come in quei casi in cui l'omicidio preterintenzionale (rispetto al quale colpa e prevedibilità in concreto faticano ad affermarsi quali criteri di imputazione persino in astratto)⁵⁵ viene affermato pur a fronte del contributo decisivo della vittima di aggressione che muore in ospedale perché si sottrae alle cure, fuma e assume cocaina, facendo precipitare il quadro clinico⁵⁶.

Trasferendo in una logica deontica il profilo giustificativo della maggior pena per l'agente concreto, l'unica alternativa cauta sarebbe evidentemente non cedere la sostanza a chi, prevedibilmente, ne potrà fare un uso particolarmente pericoloso. Occorre però seriamente chiedersi se sia ragionevole che dallo spacciatore si pretenda uno scrupolo come quello che ha di solito il farmacista, che scambia spesso qualche parola sulle modalità di assunzione del farmaco venduto e sui suoi possibili effetti collaterali, anche alla luce delle condizioni di salute dell'assuntore, le quali – si finisce implicitamente per richiedere – dovrebbero persino essere indagate, così trasformando assurdamente una figura criminale in un soggetto che dovrebbe agire sostanzialmente come un garante quale può essere il medico. Come si è opportunamente rilevato, tale impostazione «scambia le ragioni per cui l'ordinamento incrimina la cessione della sostanza

⁵⁵ Si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. V, 24.5.2018, n. 28706, in *www.dejure.it*: «L'elemento psicologico del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né da dolo misto a colpa, ma unicamente da dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 c.p. assorbe la prevedibilità dell'evento più grave nell'intenzione di risultato». Riguardo alla stessa massima, ancorché tratta da una pronuncia diversa, più che condivisibile è la netta censura di M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza*, cit., 1607: «Una formuletta del non-pensiero cancella secoli di storia, dottrina, cultura e soprattutto il 27, co. 1, Cost.».

⁵⁶ Cass. pen., sez. V, 2.7.2014, n. 35709, in *www.dejure.it*.

– la sua pericolosità rispetto alla collettività dei potenziali assuntori – con il trasferimento in capo al soggetto che realizza tale condotta di un compito di verificarne la concreta capacità di produrre uno specifico evento lesivo del bene vita, trascurando però che quest’ultimo è solo la realizzazione del rischio tipicamente insito nella condotta e a fondamento della sua punibilità»⁵⁷.

Più plausibilmente, la responsabilità colposa dello spacciatore per lesioni o addirittura per la morte dell’assuntore dovrebbe forse dipendere da fattori come la vendita di un prodotto più pericoloso dello standard per quel tipo di sostanza, in particolare presentante rischi occulti, ad esempio per effetto di un non percepibile e quindi ancor più insidioso taglio con altre sostanze; rischi occulti rispetto ai quali l’assuntore *non sceglie*, ma è sostanzialmente indifeso⁵⁸. Quando invece entrano in scena scelte consapevoli, frutto dell’autodeterminazione, per quanto talvolta condizionate sullo sfondo da drammatiche condizioni di dipendenza, dovrebbe comunque avere maggior riconoscimento il principio di autoreponsabilità, con l’effetto di considerare più spesso l’evento mortale e forse ancor di più quello lesivo non più frutto di un rischio di competenza del cedente. È immediato cogliere che la mera prevedibilità, ancorché in concreto, non consente queste prestazioni, che possono trovare più adeguato recepimento sul terreno della c.d. misura oggettiva della colpa, in particolare quando si parla dei nessi tra inosservanza cautelare ed evento. Qui, è evidentemente il criterio dello scopo della regola cautelare e quindi della *concretizzazione del rischio* nell’evento quello più importante, dovendosi ribadire che alcuni decorsi causali, prevedibili o meno, non rientrano nel raggio preventivo di competenza dell’agente.

Uno dei cortocircuiti prodotti dalla rinuncia alla proiezione della prevedibilità in una logica deontica alla base di un obbligo di comportamento volto a prevenire la verificazione dell’evento ulteriore si può constatare nella giurisprudenza sulla rissa. L’imputazione dell’evento morte o anche solo delle lesioni era in passato un’ipotesi di responsabilità oggettiva. Oggi tale imputazione ulteriore dovrebbe dipendere dalla colpa, ma si privilegia più spesso una prevedibilità piuttosto astratta, come dimostra anche l’assurdo a cui si perviene addebitando l’evento aggravante anche al corrossante leso⁵⁹. Se solo si provasse a proiettare la prevedibilità al centro di una regola cautelare, come è opportuno fare, si comprenderebbe tutta la criticità di esigere cautela rispetto al rischio di un danno fisico per se stessi che dipende dalle modalità di una violenza altrui.

6. Nella rassegna settoriale fin qui condotta si è dato conto di una tendenziale ritrosia della giurisprudenza italiana a riconoscere spazi all’autoreponsabilità. Vi è però qualche contesto in cui si sono fatte registrare ormai diverse importanti prese di posizione di segno diverso, soprattutto in sede di merito. Tra questi si può annoverare sicuramente quello delle attività sportive montane, specialmente invernali, in cui vi sono spesso sullo sfondo dei soggetti che indubbiamente assumono una posizione di garanzia, ma che, a fronte di eccentriche condotte di deliberata

⁵⁷ V. Militello, *L’autoesposizione a pericolo fra colpa in ambiti illeciti e autoreponsabilità: il caso delle morti da assunzione di stupefacenti*, in *Diritto penale e autoreponsabilità*, a cura di M. Ronco, M. Helfer, cit., 169. Anche nelle motivazioni delle Sezioni unite si può leggere un richiamo alla necessità di un’imputazione pregnante dell’evento dannoso, onde evitare di «sanzionare nuovamente un fatto già incluso per il suo carico di disvalore nella condanna per lo spaccio di droga»: Cass. pen., S.U., 22.1.2009, n. 22676, cit., punto 14 dei «Motivi della decisione».

⁵⁸ Questa logica sembra alla base di Cass. pen., sez. VI, 19.9.2018, n. 49573, in *www.dejure.it*, in cui è risultato decisivo che l’imputato fosse consapevole del fatto che la sostanza stupefacente ceduta presentava un’elevata concentrazione di principio attivo, tale da essere potenzialmente pericolosa per gli assuntori già in generale e non solo in ragione delle peculiari (precarie) condizioni dell’acquirente poi deceduto.

⁵⁹ Ad esempio, Cass. pen., sez. V, 24.11.2017, n. 9933: «In tema di delitto di rissa, l’aggravante di cui all’art. 588, co. 2, Cp, è applicabile anche nei confronti del compartecipe che abbia riportato lesioni personali, in quanto colui che partecipa volontariamente alla condotta violenta collettiva, diretta ad offendere oltre che a difendere, si assume la responsabilità per rissa semplice o aggravata a seconda degli effetti della colluttazione».

autoesposizione a pericolo da parte di utenti della montagna, sono stati talvolta esonerati da responsabilità per i danni da questi ultimi patiti.

Nelle pronunce di assoluzione che ci si accinge a menzionare⁶⁰ raramente compaiono riferimenti espliciti all'autoresponsabilità, ma le soluzioni adottate ne recano impronte evidenti.

In un caso deciso dal Tribunale di Sondrio⁶¹, si trattava di valutare la responsabilità di una c.d. guida di fatto di un gruppo di ottimi sciatori ed esperti escursionisti in relazione alla morte di uno di loro verificatasi per effetto di una valanga che la stessa vittima aveva provocato. Il Giudice ha assolto l'imputato che, in quanto più anziano ed esperto, come da abitudine, aveva assunto volontariamente il ruolo di guida del gruppo, ponendosi sostanzialmente in capo allo stesso e facendosi seguire. Una sua responsabilità per l'evento occorso allo sciatore travolto dalla valanga è stata esclusa alla luce del fatto che quest'ultimo era a conoscenza dei rischi legati all'attività sciistica in alta montagna e del tutto in grado di svolgere l'escursione nel migliore dei modi, ben potendosi tenere autonomamente entro margini di sicurezza. Proprio in ragione di tale spiccata capacità autoprotettiva, si è escluso che dovesse "beneficiare" di una vera e propria posizione di garanzia del soggetto a capo del gruppo nei suoi confronti.

In relazione a un incidente verificatosi in uno snowpark, il Tribunale di Bolzano⁶² ha assolto il gestore dell'impianto imputato per lesioni personali colpose riportate da un utente che si era sconsideratamente esposto a un pericolo che era incapace di governare, ossia quello di un salto particolarmente difficile. A differenza di quanto sostenuto dall'accusa, non si è ritenuta insufficiente la segnalazione dei profili di pericolo della struttura.

Di pronunce assolutorie hanno beneficiato anche alcuni gestori di piste da sci per eventi dannosi verificatisi per effetto di collisioni con cumuli di neve collocati ai margini della pista, al di fuori delle traiettorie normalmente percorse⁶³.

In dottrina si è più che plausibilmente evidenziata la non casualità di una speciale sensibilità della giurisprudenza di merito nei confronti delle logiche dell'autoresponsabilità. Ciò sarebbe infatti dovuto al fatto che i magistrati impegnati nelle sedi giudiziarie in cui le montagne dominano il paesaggio sono spesso essi stessi praticanti le attività nel cui ambito si verificano i fatti da indagare e giudicare, col risultato di saper cogliere più direttamente quali siano le fisiologiche aspettative cautelari nei confronti dei garanti e in quale misura si possano invece considerare realmente eccentriche condotte di autoesposizione al pericolo⁶⁴.

Qualche apertura è riscontrabile recentemente anche in sede di legittimità. In questo senso, ad esempio, una decisione di annullamento (senza rinvio, «perché il fatto non sussiste») della condanna del legale rappresentante di una società proprietaria di un terreno limitrofo alle piste da sci e aperto al pubblico, in cui si era verificato un incidente con esito mortale⁶⁵. In tale area erano presenti profonde depressioni del terreno non facilmente visibili (c.d. inghiottitoi) ma ben conosciute dal soggetto deceduto, che le aveva di proposito affrontate con una motoslitte (sulla

⁶⁰ Tutte le pronunce di merito di seguito menzionate sono affrontate in termini condivisibili in S. Rossi, *Le posizioni di garanzia nell'esercizio degli sport di montagna. Alla ricerca di nuovi equilibri in tema di obblighi precauzionali e gestione del rischio*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.1.2013, 9 s., nonché in M. Helfer, *Autoresponsabilità versus posizione di garanzia: quali spazi applicativi in materia di sport invernali ad alto rischio?*, in *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio*, a cura di A. Melchionda, S. Rossi, Napoli 2019, 60 ss.

⁶¹ G.U.P. Trib. Sondrio, 10.3.2005.

⁶² Trib. Bolzano, sez. dist. Silandro, 14.12.2004, n. 56.

⁶³ Trib. Bolzano, 14.12.1987, n. 860; Pret. Aosta, 15.3.2004.

⁶⁴ In questo senso, M. Helfer, *Autoresponsabilità versus posizione di garanzia*, cit., 62.

⁶⁵ Cass. pen., sez. IV, 2.7.2014, n. 36920, in www.dejure.it.

quale era trasportata un'altra persona), finendo però per ribaltarsi rovinosamente nel tentativo di saltare uno di tali fossati.

Già in sede d'appello era stato considerato particolarmente significativo il ruolo del guidatore nella produzione dell'evento dannoso dallo stesso riportato (nell'ordine del 70%), ma ciò non aveva fatto venir meno la responsabilità penale del titolare del terreno (beneficiario soltanto dell'attenuante dell'art. 62, n. 5, Cp), a cui si rimproverava di non averlo recintato e di non aver nemmeno provveduto a una segnalazione del pericolo. La Corte di legittimità, in questo caso, si è dimostrata ancor più sensibile dei giudici di merito a profili di autoresponsabilità, ritenendo l'imputato non punibile per effetto della disciplina dell'art. 41, co. 2, Cp, in particolare «alla luce della teoria del rischio»: «non può dubitarsi che la recinzione del fossato posta a fondamento dell'addebito è riferibile ad un'area di rischio nettamente distinta da quello poi realizzatosi: il rischio, cioè, di cadute accidentali da parte di chi vi si avvicinasse, non quello – oggettivamente e notevolmente diverso – cui si è volontariamente esposto la vittima nel tentativo, tragicamente fallito, di saltare da una sponda all'altra con la motoslitta lanciata alla sua massima velocità e appesantita dalla presenza di una passeggera»⁶⁶.

Si può richiamare anche una vicenda in cui si valutava la responsabilità del gestore di una pista da sci per la morte di uno sciatore, che, uscendo fuori pista, aveva impattato violentemente con il capo un masso esterno al tracciato, riportando gravi lesioni che ne avevano determinato il decesso. La Cassazione⁶⁷ ha assecondato la tesi difensiva, secondo cui non incomberebbe in capo al gestore alcun obbligo di garanzia a protezione dello sciatore con riguardo ai pericoli esterni all'area sciabile, riguardo ai quali, anche in quanto pericoli perlopiù “tipici” (cioè ordinariamente calcolabili, che ci si può attendere di incontrare), la tutela dello sciatore è rimessa alla sua stessa prudenza e perizia, a meno che l'uscita di pista non sia in concreto «altamente probabile».

Nella pronuncia in considerazione si è affermato il principio per cui «appare corretto riconoscere in capo al gestore l'obbligo di recintare la pista ed apporre idonee segnaletiche e protezioni, o in alternativa rimuovere possibili fonti di rischio, anche esterne al tracciato, ma solo in presenza di un pericolo determinato dalla conformazione dei luoghi che determini l'elevata probabilità di un'uscita di pista dello sciatore, mentre apparirebbe eccessivo (e concretamente inesigibile) pretendere dal gestore che tutta la pista sia recintata oppure che tutti i massi ed i pericoli situati nelle sue prossimità siano rimossi».

Nella direzione di valorizzare l'autoresponsabilità dei praticanti discipline sportive invernali si pone in termini evidenti anche un recente intervento del legislatore. Il d.lgs. 40/2021, da un lato, mira a puntualizzare gli obblighi di sicurezza e di informazione/segnalazione attribuibili ai gestori degli impianti (artt. 11 ss.); dall'altro lato, fonda apertamente l'aspettativa che l'utente degli impianti debitamente informato e in generale messo nelle condizioni di fruirne in sicurezza si comporti in maniera responsabile (artt. 17 ss.). Si ripropone, quindi, la fisiologica associazione tra capacità di esercitare in concreto *libere e consapevoli scelte* nell'esercizio di attività più o meno pericolose e, in misura corrispondente, implicazioni sul piano della propria esclusiva responsabilità per un danno riportato.

⁶⁶ Tra i primi a segnalare questa pronuncia, D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento*, cit., 529, che così sintetizza la *ratio decidendi*: «la condotta della persona danneggiatasi può escludere l'altrui responsabilità colposa pur in presenza di una violazione cautelare ogni qual volta la condotta della vittima sia talmente autolesionista da estromettere l'evento verificatosi dallo spettro di prevenzione di quella specifica regola cautelare».

⁶⁷ Cass. pen., sez. IV, 15.2.2017, n. 14606, in *CP* 2018, 254 s.

Pare eloquente l'apertura della norma chiave, cioè quella dell'art. 18 (rubricato «Velocità e obbligo di prudenza»): «Lo sciatore è responsabile della condotta tenuta sulle piste da sci»⁶⁸. Nei primi commenti non si è infatti esitato a ritenere che si tratti di una inequivocabile positivizzazione di logiche di autoresponsabilità⁶⁹.

7. L'itinerario condotto restituisce plasticamente l'immagine di un canone liberale di ragionevolezza del sistema, quello di autoresponsabilità, che vive alterne fortune, perlopiù faticando ad affermarsi in sede giurisprudenziale (soprattutto a livello di legittimità), assai probabilmente anche a causa delle incertezze in merito alla sua razionalizzazione dogmatica. Si è già accennato, in apertura, al fatto che tali incertezze nel nostro ordinamento siano meno intuitivamente superabili che altrove, in ragione della minor diffusione della grammatica di uno strumentario come quello della *Zurechnungslehre*, almeno apparentemente più funzionale a risolvere in chiave spiccatamente oggettiva, nel senso di normativa, la questione della punibilità di terzi a fronte di comportamenti autoresponsabili di quella che si è talvolta definita vittima, ma che tale finisce per essere più che altro da un punto di vista materiale; non anche quale sinonimo di persona offesa da un illecito penale⁷⁰.

A un risultato analogo, anche perché di fatto reitera la tradizione di coniugare nella dottrina della colpa i tratti identitari dell'imputazione oggettiva dell'evento⁷¹, si può comunque arrivare (non già ricorrendo a logiche causali di cui si è constatata la rigidità, ma) ragionando sulle potenzialità della c.d. misura oggettiva della colpa, la cui carenza impedisce di ritenere sussistente il fatto, cioè la

⁶⁸ Trattandosi di un raro caso di tipizzazione legislativa dell'autoresponsabilità, pare opportuno richiamare anche le ulteriori previsioni dello stesso articolo 18, che valgono appunto a declinare concretamente il concetto della responsabilità per una propria condotta: «A tal fine deve conoscere e rispettare le disposizioni previste per l'uso delle piste, rese pubbliche mediante affissione da parte del gestore delle piste stesse alla partenza degli impianti, alle biglietterie e agli accessi delle piste».

2. Gli sciatori devono tenere una condotta che, in relazione alle proprie capacità tecniche, alle caratteristiche della pista e alla situazione ambientale, non costituisca pericolo per l'incolumità propria e altrui.

3. La velocità deve essere particolarmente moderata nei tratti a visuale non libera, in prossimità di fabbricati od ostacoli, negli incroci, nelle biforcazioni, in caso di nebbia, di foschia, di scarsa visibilità o di affollamento, nelle strettoie e in presenza di principianti.

4. Ogni sciatore deve tenere una velocità e un comportamento di prudenza, diligenza e attenzione adeguati alla propria capacità, alla segnaletica e alle prescrizioni di sicurezza esistenti, nonché alle condizioni generali della pista stessa, alla libera visuale, alle condizioni meteorologiche e all'intensità del traffico. Lo sciatore deve adeguare la propria andatura alle condizioni dell'attrezzatura utilizzata, alle caratteristiche tecniche della pista e alle condizioni di affollamento della medesima».

⁶⁹ Si veda, in tal senso, il commento (nel contesto dell'«Osservatorio degli sport invernali» della RDS) di R. Crucioli, *Il D.lgs. n. 40/2021. Luci ed ombre. Profili penali*, in *www.coni.it*, in particolare 22 s.

⁷⁰ In una prospettiva analoga, si vedano le considerazioni di S. Tordini Cagli, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *RIDPP 2000*, in particolare 1151, che intitola eloquentemente il paragrafo 2 del contributo «Un soggetto passivo non sempre tale». Nell'auspicare un superamento della tradizionale concezione unilaterale della dimensione offensiva del reato, l'Autrice evidenzia condivisibilmente come il ruolo della persona che riporta un evento dannoso sia talvolta tutt'altro che passivo, potendo ben essere persino assorbente rispetto a quello del supposto autore del reato.

⁷¹ Si veda, ad esempio, A. Castaldo, *La struttura dei delitti aggravati dall'evento tra colpevolezza e prevenzione generale*, in *Responsabilità oggettiva e giudizio di colpevolezza*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1989, in particolare 317, il quale, ancorché con specifico riferimento ai reati aggravati dall'evento, ritiene che «è sicuramente inutile l'intento dottrinario di delimitazione della responsabilità tramite l'*objektive Zurechnung* al di fuori della sistematica della colpa, ma è molto più semplice inglobarla al suo interno».

sua tipicità. Si tratta cioè di valorizzare il criterio (più “statico”) dello scopo della regola cautelare e quello (più “dinamico”, analizzabile *ex post*) della concretizzazione del rischio nell’evento⁷². In dottrina, pensando in particolare alle ipotesi di colpa specifica, si è osservato che «un’“onesta” ricostruzione dello scopo delle disposizioni violate nei singoli casi concreti consentirebbe di proporre risposte davvero calibrate sulla rimproverabilità delle condotte realizzate, prescindendo da automatismi e improprie generalizzazioni: evitando cioè di negare o, per converso, affermare aprioristicamente (comunque e sempre), rilievo alla materiale auto-esposizione a rischio della vittima»⁷³. È chiaro che laddove sia la specifica disposizione legale a imporre nettamente una linea di intervento paternalistica, senza lasciare spazio ad alternative, è più difficile per l’interprete far penetrare istanze di autoresponsabilità, al netto dell’eventuale plausibilità, da valutarsi volta per volta, di margini per questioni di legittimità costituzionale, in particolare per contrasto con l’art. 27 della Carta fondamentale.

Anche in questa prospettiva, si capisce come la prevedibilità di un determinato decorso causale dannoso possa, di per sé, rivelarsi “muta” in ordine all’effettiva opportunità di addebitare l’evento verificatosi a un terzo collocato a vario titolo sullo sfondo. È infatti la effettiva doverosità di *pre-occuparsi*, cioè di *pro-(v)vedere* (in termini di indagine della situazione in cerca di fattori di rischio) e quindi di *pre-vedere* che risulta decisiva, esattamente come lo è per il principio di affidamento: esso conserva una propria dignità autonoma nella teoria della colpa rispondendo all’«esigenza di assicurare ai singoli una certa “libertà d’azione”, altrimenti negata dalla necessità di tenere conto di tutto ciò che sia possibile prevedere»⁷⁴. È evidente come tale libertà di azione, in definitiva, si rifletta sulla perimetrazione della tipicità colposa.

Se è vero che, come detto, il principio di affidamento tende però generalmente a incontrare una limitazione a fronte di una prevedibilità concreta del comportamento inosservante altrui, le istanze di autoresponsabilità sembrano invece in grado di porre un argine meno “meccanico” e più

⁷² Nel senso di tematizzare, tra varie altre, anche le questioni di autoresponsabilità facendo riferimento al concetto di «nesso di rischio», per cui è fondamentale il punto di vista *ex post*, M. Donini, *Nesso di rischio*, cit., ad esempio 32: «C’è un marcato garantismo anche nel prendere atto che una logica oggettiva, osservabile tutta a posteriori, assicura la verifica di ciò che è realmente successo e impedisce di attribuirlo se è *dipeso dal caso o dal fatto altrui* o attraverso percorsi atipici». Sempre tra i contributi più recenti della dottrina, si vedano anche G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 9, che si sofferma sui rapporti tra competenza e concretizzazione del rischio; A. Perin, voce *Concretizzazione del (nesso di) rischio*, in *Enciclopedia del diritto. Reato colposo*, a cura di M. Donini, cit., in particolare 299 ss.; K. Summerer, *Il nesso tra colpa ed evento nella giurisprudenza più recente*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 11.5.2022, in particolare 27 ss.

⁷³ O. Di Giovine, *L’autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *Diritto penale e autoresponsabilità*, a cura di M. Ronco, M. Helfer, cit., 133. In senso analogo quanto alla valorizzazione degli orizzonti protettivi del diritto penale e delle sue declinazioni normative, M. Helfer, *Autoresponsabilità versus posizione di garanzia*, cit., 65: «Lo scopo di tutela della norma non consiste infatti nel proteggere il soggetto da sé stesso, ma da comportamenti altrui che però, in caso di contributo autoresponsabile della vittima, non si realizzano nella loro tipicità».

⁷⁴ G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, 273. In tal senso, in precedenza, H. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen 1986, 9. Non è quindi persuasiva la posizione di chi, come M.C. Bisacci, *Il principio di affidamento*, cit., 202 ss., in particolare 204, sembra concepire le dinamiche di operatività e limitazione dell’affidamento vincolate al tradizionale parametro della prevedibilità in concreto, al punto da dubitare che esse possano autonomamente incidere sulla perimetrazione delle regole cautelari nei contesti plurali; come indica il titolo del contributo in menzione, l’affidamento è concepito semplicemente «quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità». Per una condivisibile critica a simili letture (definite «riduttive») del principio di affidamento, M. Mantovani, *La responsabilità penale nell’attività medico-chirurgica in équipe fra teoria e prassi*, in *NGCC* 2010, 1176.

valoriale alla punibilità di terzi, ed è ancora lo scopo di protezione della norma a poter fungere da filtro, specialmente nel campo della colpa generica, laddove lo spettro di tutela (di sinergia tra regole cautelari e fattispecie incriminatrice generale) può ben essere ricostruito alla luce di un canone liberale che va concepito come ordinario, valido cioè quando non contraddetto settorialmente dal legislatore in termini espliciti. Proprio per questo, si insiste nel ribadire il concetto messo in luce soprattutto rispetto alla casistica sullo spaccio degli stupefacenti, laddove possono essere tutt'altro che rari i casi di prevedibilità in concreto del decorso causale dannoso per effetto della cessione a un soggetto che deliberatamente si accinga a un'assunzione sconsiderata con esito lesivo o mortale: tale prevedibilità, per quanto concreta, dovrebbe più spesso di oggi essere concepita al di fuori dello spettro cautelare ricostruibile in capo al cedente. Detto altrimenti: nell'evento si concretizzerebbe un rischio diverso rispetto a quelli di competenza dell'agente⁷⁵. In questo senso, si possono concepire come sinergici i due menzionati filtri della c.d. misura oggettiva della colpa.

Quanto appena considerato contribuisce a evitare un possibile fraintendimento, cioè quello per cui i diffusi collegamenti evidenziati finora tra il principio di affidamento e l'autoresponsabilità, piuttosto che mettere in luce come un'equilibrata applicazione del primo rappresenti una soddisfacente implementazione della personalità della responsabilità penale, possano voler alludere all'accoglimento di una concezione del *Vertrauensgrundsatz* come fondato sul principio di autoresponsabilità; concezione, invece, fatta propria da alcuni autorevoli esponenti della dottrina, sia tedesca che italiana⁷⁶. In una prospettiva del genere, l'affidamento troverebbe giustificazione essenzialmente nell'ordinaria capacità, da parte dei soggetti in cui si confida, di autodeterminarsi consapevolmente sulla base degli stimoli dettati dalle norme loro rivolte. Ritenere, però, il principio di affidamento un'espressione del principio di autoresponsabilità va incontro a delle obiezioni che paiono persuasive, soprattutto con riferimento ai limiti della tutela della fiducia nell'adeguatezza altrui⁷⁷. In particolare, portata alle sue estreme implicazioni, la tesi potrebbe giungere a inibire il principio di affidamento nei soli casi di relazione con soggetti irresponsabili, intesi pressoché quali inimputabili, quando basterebbe, in realtà, un'inadeguatezza palesatasi anche solo occasionalmente (e da parte di un soggetto pienamente capace di

⁷⁵ Si è osservato come il concetto di competenza si presti particolarmente a manipolazioni per la consueta vaghezza con cui vengono ricostruiti i “ruoli” implicati nelle vicende oggetto di indagine penale: O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., 127 ss. Si può senz'altro ammettere l'esistenza di qualche margine di discrezionalità ma tenere fermo questo concetto presenta comunque il pregio significativo di contribuire a spostare l'accento dalle deludenti prestazioni della mera prevedibilità verso un più corretto piano di valutazione deontica.

⁷⁶ Nella dottrina d'oltralpe, riconducono il principio di affidamento al principio di autoresponsabilità, ad esempio, H. Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, cit., 11 e 21 ss. e, già prima, ma limitatamente all'ambito dell'attività medica plurisoggettiva, G. Stratenwerth, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt*, a cura di P. Bockelmann, W. Gallas, Göttingen 1961, 393. Per posizioni analoghe nella dottrina italiana, ad esempio, F. Albergiani, *I reati di agevolazione colposa*, Milano 1984, 169 ss., in particolare 170; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna 2019, 590. In termini più assonanti rispetto a quanto considerato nel testo, L. Risicato, *L'attività medica di équipe*, cit., 40, per la quale il principio di affidamento «rappresenta con ogni probabilità il corollario più significativo – nella materia del reato colposo – del carattere personale della responsabilità penale sancito dall'art. 27, comma 1, Cost.»; negli stessi termini, in seguito, L. Cornacchia, *Responsabilità penale da attività sanitaria in équipe*, cit., 1226, nt. 21; C. Silva, *Responsabilità colposa e principio di affidamento. La controversa applicazione nell'attività medica di équipe*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di E.M. Ambrosetti, Torino 2017, 463.

⁷⁷ M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, cit., in particolare 104 ss. e 136-138; per una riproposizione recente di tali obiezioni, Id., voce *Affidamento (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto. Reato colposo*, a cura di M. Donini, cit., 8 ss.; *contra* P. Aldrovandi, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano 1999, 103 ss., in particolare 105 ss.

autodeterminarsi) per rimuovere la tutela dell'affidamento. Inoltre, si espone anche al rischio di un eccesso in direzione opposta, cioè limitando il principio di affidamento in tutti (e quindi troppi) i casi in cui si entri in contatto con individui non pienamente responsabili, così restringendo eccessivamente lo spazio lasciato aperto alla legittima fiducia; senza contare che, comunque, sarebbe necessario altresì avere la percezione (o quantomeno poterla avere) di questa condizione di inadeguatezza altrui.

Principio di affidamento e autoresponsabilità, in definitiva, seguono regole in parte diverse, anche se, come visto, possono concretamente sovrapporsi nel perseguire obiettivi omogenei. Ciò che li accomuna, infatti, è l'essere entrambi criteri di implementazione dell'ideale della personalità della responsabilità penale.