

te il pubblico impiego fra le fonti di diritto oggettivo (e, dunque, fra le norme di legge) <sup>(16)</sup>.

Per l'effetto, la violazione del C.C.N.L., non integrando violazione di norma di legge, non potrà dar luogo al reato di abuso d'ufficio.

Tutt'al più, secondo apprezzabile giurisprudenza di legittimità, la violazione del C.C.N.L. potrebbe dar vita alla figura, tipica dei vizi dell'atto amministrativo, dell'"eccesso di potere", patologia in presenza della quale – secondo l'orientamento maggioritario – non sarebbe comunque ipotizzabile il delitto di abuso d'ufficio <sup>(17)</sup>.

## 5. CONCLUSIONI

Quanto sinora osservato, unitamente ai già esposti argomenti individuati dalla sentenza in commento, secondo cui l'impossibilità di ritenere che l'inosservanza del C.C.N.L. costituisca una violazione di legge rappresenta una delle conseguenze dirette della c.d. "privatizzazione" del pubblico impiego <sup>(18)</sup>, consente di poter affermare che le disposizioni contenute all'interno di un C.C.N.L. del settore pubblico non possano essere annoverate fra le norme di legge.

Appare dunque condivisibile il principio di diritto in forza del quale la mera inosservanza del C.C.N.L., non costituendo violazione di norma di legge, non possa integrare gli estremi del delitto di abuso d'ufficio.

Posto, difatti, che il concetto di norma di legge al quale fa riferimento l'art. 323 c.p. richiede, fra l'altro, che l'atto oggetto di violazione presenti il duplice connotato dell'astrattezza e della generalità della fonte e che – invece – il C.C.N.L., per sua stessa natura, non dà luogo ad atti normativi ma ad atti di negoziazione privi di efficacia generale e vincolanti solo per le parti stipulanti, sembra assai arduo attribuire al C.C.N.L. la valenza di norma di legge.

Ciò anche in considerazione, per un verso, della ratio seguita dal legislatore diificare sempre di più il pubblico impiego a quello privato disciplinato da atti non aventi efficacia *erga omnes*, per altro verso, del complesso impianto normativo dal quale, come visto, non emerge alcuna attribuzione di forza di legge in favore dei contratti collettivi.

A nostro parere, tuttavia, tali conclusioni, seppur nella sostanza corrette, avrebbero forse richiesto un maggiore sforzo argomentativo da parte della Corte, tenuto soprattutto conto del vivace dibattito sviluppatosi in dottrina ed in giurisprudenza intorno alla "controvertenza" natura delle disposizioni contenute nei CCNL concernenti il pubblico impiego.

<sup>(16)</sup> Si segnala Sez. lav. 17 agosto 2000, Ferr. St. c/o Gentili, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 1810.

<sup>(17)</sup> Sez. VI 16 dicembre 2002, S., in *questa rivista*, 2004, p. 863. In particolare la Corte, in applicazione del predetto principio, ha ritenuto insussistente l'ipotesi delittuosa a carico del capo di un ente pubblico economico il quale, non potendo stipulare contratti di lavoro a tempo indeterminato, si era avvalso dei rinnovi di contratti di lavoro a tempo determinato, connotati sinfomatica rilevante solo sotto il profilo amministrativo. *Contra*, Trib. Napoli, 24 settembre 1997, Federico, *ivi*, 1998, p. 1242. In dottrina, PAGLIARO, *L'antico problema dei confini fra eccesso di potere ed abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 108 ss. In generale, sul tema, Gambardella, *Considerazioni sulla violazione di norme di legge nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *questa rivista*, 1998, p. 2341 ss.; TANDA, *Abuso d'ufficio: eccesso di potere e violazione di legge o regolamento*, *ivi*, 1999, p. 2419.

<sup>(18)</sup> Sul punto si rinvia al paragrafo *sub* 1.

# 1449 LA PREVEDIBILITÀ EX ANTE DELL'EVENTO È POSTULATO INDISPENSABILE DELLA RESPONSABILITÀ PER COLPA

con nota di A. MASSARO

SEZ. IV - UD. 1° OTTOBRE 2008 (PER 23 OTTOBRE 2008), N. 39882 - PRES. GALBIATI - REL. BRICCHETTI - P.M. DELEHAYE (CONCL. DIFE) - ZOCCO (242124)

COLPA - Prevedibilità dell'evento dannoso - Valutazione *ex ante* - Fattispecie. (C.R. ARTT. 43, 589)

*La responsabilità penale per colpa postula, oltre alla sussistenza di una condotta violatrice di regole cautelari, anche la prevedibilità ex ante dell'evento, in quanto riconducibile al novero di quelli che le stesse regole cautelari mirano a prevenire. (In applicazione del principio, la S.C. ha annullato senza rinvio, per difetto del requisito della prevedibilità, la sentenza che aveva ritenuto responsabili di omicidio colposo il capo cantiere ed il direttore tecnico dell'impresa che, nell'ambito di lavori di costruzione di un'autostrada, aveva realizzato un pozzetto munito di grata fissata ad un cordolo di cemento che, per la sua scarsa consistenza, aveva ceduto, formando una buca nella quale era rimasta intrappolata la p.o. che, affetta da demenza senile, non era riuscita a liberarsi – come agevolmente possibile –, ed era deceduta a causa del sopraggiungere di un'emorragia intracranica) (1).*

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO** - 1. Con la sentenza indicata in epigrafe, la Corte di appello di Torino confermava la condanna di Enrico Zocco e Tollerino Pietro per l'omicidio colposo di Rosolino Palermo.

1.1. Rosolino Palermo, affetto da morbo di Alzheimer e da demenza senile, si era allontanato dalla comunità psichiatrica di Torino presso la quale era ospitato intorno alle ore 20,30 del 30 maggio 2001.

L'uomo era stato ritrovato cadavere il successivo 9 giugno, grazie alla segnalazione di alcune persone che avevano percepito un «forte odore» provenire da un luogo (in Comune di Orbassano), in cui erano ubicate opere di pertinenza di un tratto autostradale, servito soltanto da un viottolo «semiscomparso nella vegetazione» e privo di uscita. Il cadavere era in avanzato stato di decomposizione. Non si era riusciti a sapere – esordivano i giudici d'appello – «cosa fosse avvenuto in quei dieci giorni»; si era potuto soltanto stabilire, a seguito dell'esame autopsico, che la morte era stata determinata da un'emorragia intracranica.

1.2. Premetteva la Corte che «l'accaduto era affidato a ricostruzioni congetturali» delle quali era «chiamata a verificare la rispondenza ai pochi dati oggettivi disponibili».

Presentavano, tuttavia, secondo la corte di merito, «aspetti di notevole verosimiglianza» le conclusioni cui era pervenuto il perito medico-legale, dott. Virginio Oddone, nominato nel giudizio di appello. Affidandosi a detto responso riteneva la Corte che, lasciata la comunità, Rosolino Palermo, «marciando sempre diritto» (condotta tipica del *wandering* demenziale, già tenuta dal Palermo in occasione di altro allontanamento dall'ospedale risalente al settembre 1999) fosse giunto, intorno alle ore 5,30 del giorno successivo, nel luogo in cui era stato rinvenuto cadavere, intrappolato («incastro con una gamba, fino all'inguine») in un buco esistente tra il bordo della griglia di un pozzetto (parzialmente nascosta dai rovi e dalla vegetazione spontanea e, quindi, «non visibile da una persona di passaggio») ed il circostante terreno.

L'emorragia era sopravvenuta per "cause esterne" (il caldo fino a 30 gradi, il freddo della notte, lo shock dell'intrappolamento, il digiuno, la disidratazione).

Palermo, d'altra parte, non era mai stato curato per patologie che potessero essere poste in correlazione con l'emorragia cerebrale, né vi erano stati segni premonitori.

La fuga affinalistica, sempre in avanti, senza meta e senza sosta, lo aveva portato direttamente in quel luogo e lì era scivolato, incesplicando nell'improvvisa cavità del terreno.

La posizione del corpo (la gamba sinistra in verticale dentro la cavità e quella destra in orizzontale sulla griglia) non era, tuttavia, quella di chi fosse caduto esanime in quel punto. Palermo era, infatti, «steso bocconi... abbarbicato alla grata», in una posizione che lasciava intendere che avesse cercato di rialzarsi; senza, peraltro - come spiegato dal medico-legale - «potersi rendere conto di come riuscire a liberarsi, a disincastarsi» perché «chi soffre di demenza senile non è capace di ripetere all'indietro il gesto che l'ha condotto a porsi in una situazione di difficoltà; anche se ha la possibilità materiale di liberarsi, continua a persistere nell'impulso in avanti che lo ha condotto in quella pericolosa posizione, spesso con esiti letali se non interviene qualcuno in soccorso».

Era presumibile, anzi, che proprio i movimenti dovuti al tentativo di liberarsi avessero fatto cadere il piede interamente nel buco. Secondo la corte territoriale, dunque, la morte del Palermo era da porsi «in nesso di consequenzialità» con la «parziale caduta nel vuoto laterale al pozzetto».

Egli era morto dopo la caduta, in un momento che non era stato possibile precisare, per il sopravvenire dell'anzidetta emorragia. Escludeva, dunque, la Corte che l'emorragia fosse stata la causa della caduta (come sostenuto dalla dott.ssa Mazzucco, consulente tecnico della difesa), presupponendo detta ipotesi una concatenazione di coincidenze «altamente improbabile» (la crisi, l'afflosciarsi della persona su se stessa; lo scivolamento del piede proprio in una cavità del terreno, con sprofondamento della sola gamba sinistra all'interno del pozzetto).

In ogni caso, lo stato del cadavere non aveva permesso di rilevare eventuali segni di lesioni, né si era verificato se la gamba incastrata avesse riportato fratture.

1.2. Con riguardo al citato pozzetto, la Corte rilevava che il tecnico nominato dal pubblico ministero, geom. Davide Burrato, ne aveva fatto risalire la costruzione ai lavori eseguiti per la realizzazione dell'autostrada Torino-Pinerolo (di cui costituiva pertinenza).

Il «vuoto laterale» (tra il lato esterno della grata ed il terreno circostante) di cui si è detto si era formato a causa di un parziale cedimento di un bordo del pozzetto.

Un cordolo di cemento che definiva il manufatto era apparso di scarsa consistenza strutturale e in condizioni di degrado ed il consulente tecnico aveva affermato che non era stato costruito un lato del pozzetto sul quale era collocata la griglia.

Il cordolo che aveva ceduto avrebbe dovuto poggiare proprio su detto lato; per l'assenza di sostegno era divenuto, invece, a sua volta portante, senza averne le caratteristiche intrinseche di necessaria solidità.

In altre parole, il pozzetto non era stato costruito a regola d'arte e la mancanza di un lato verticale aveva reso possibile il dilavamento del terreno fino alla formazione dello spazio vuoto in cui era caduto il Palermo.

La corte di appello (al pari del tribunale) faceva proprio detto responso tecnico, ribadendo l'esistenza di un difetto di costruzione del pozzetto, che era risultato privo di chiusura da un lato e munito di un cordolo inidoneo sia a costituire il completamento dell'opera, sia a reggere il peso di una persona che lo avesse calpestato. Anche a volere ammettere - precisava la Corte - che vi fosse stata una successiva manomissione ad opera di terzi (alcune parti della griglia erano state piegate con l'evidente utilizzazione di una leva), restava il fatto che il pozzetto presentava un vizio costruttivo che aveva reso possibile l'apertura del varco rivelatasi fatale per il Palermo.

La costruzione a regola d'arte del pozzetto, con i suoi quattro lati verticali e senza un cordolo posticcio di mero contenimento del terreno superficiale, avrebbe evitato sia il naturale degrado dell'opera, sia la manomissione da parte di terzi (non sarebbe, tra l'altro, stato possibile raggiun-

gerne l'interno, a meno di non riuscire a sollevare o a distruggere la grata di copertura). E soltanto in tal caso l'eventuale manomissione, ad insaputa del costruttore, tale da rendere pericoloso ciò che prima non lo era, non avrebbe potuto essere al medesimo addebitata.

Nel caso in esame, invece, il cordolo non era idoneo a svolgere la propria funzione e non avrebbe potuto offrire resistenza alcuna all'ipotizzabile manomissione.

1.3. Del difetto costruttivo dovevano rispondere, secondo la Corte, Zocco e Tollentino, il primo quale capo cantiere del tratto autostradale interessato, il secondo come direttore tecnico della S.r.l. B & V Costruzioni, impresa che aveva realizzato i lavori. Non era rilevante, al fine di escludere la loro responsabilità, che fossero stati effettuati interventi periodici di manutenzione e di ispezione delle opere, dei condotti, dei tombini e dei sifoni accessori ai percorsi stradali, atteso che quel difetto costruttivo era persistito e la situazione di pericolo si era, anzi, aggravata per l'incidenza dei fattori naturali di erosione del terreno «verso il vuoto».

In particolare, il Tollentino era il direttore dei lavori di realizzazione delle pertinenze stradali e non aveva documentato di avere delegato ad altri la sua posizione di garanzia. La mancanza di un lato verticale del manufatto aveva lasciato il medesimo esposto all'entrata della terra dilavata dagli eventi atmosferici naturali.

Inoltre, la chiusura della superficie orizzontale, da quella parte, con una striscia di materiale privo di intrinseca anima metallica, aveva lasciato il pozzetto sprovvisto di un'efficace prevenzione contro i rischi di formazione di vuoti, di calpestamenti occasionali e di azioni lesive da parte di terzi.

Era prevedibile, pertanto, il formarsi di una cavità che, nel tempo, avrebbe potuto costituire un'insidia per chi si fosse trovato a transitare in quei luoghi.

È vero che si trattava di luoghi «deflati» e che quel viottolo «non conduceva da nessuna parte», ma non poteva escludersi che qualcuno potesse camminare in aperta campagna, senza contare che la zona era oggetto di accessi periodici per attività di ispezione e di manutenzione. (Omissis).

**MOTIVI DELLA DECISIONE** - 5. I ricorsi meritano accoglimento nei termini di seguito precisati.

5.1. Deve premettersi che non sussistono illogicità nelle considerazioni sviluppate dalla corte di merito (sulla scia dell'elaborazione proposta dal consulente tecnico del pubblico ministero) in ordine all'esistenza di un difetto di costruzione del pozzetto (non ne era stato costruito un lato verticale) ed alla circostanza che la mancanza del lato verticale del pozzetto avesse reso possibile la formazione dello spazio vuoto, sia il calpestamento e l'eventuale manomissione del cordolo, privo di adeguata solidità.

In questo senso è immune da vizi logici anche l'affermazione secondo cui appariva irrilevante chiedersi se detto cordolo fosse stato manomesso, oltre che calpestato, atteso che, se fosse stato costruito il lato mancante, non sarebbe stato possibile raggiungere l'interno del pozzetto senza sollevare o distruggere la grata di copertura. È, dunque, palese l'infondatezza del primo motivo del ricorso presentato nell'interesse dell'imputato Tollentino che, per evitare di confrontarsi con l'affermazione secondo cui il vizio era da individuarsi nella mancata costruzione di un lato del pozzetto, concentra ogni attenzione sulla asserita solidità del cordolo. È vero, peraltro, come lamenta il ricorrente nel terzo motivo, che sarebbero stati necessari approfondimenti in ordine alla presa in consegna dell'opera da parte del committente, avvenuta molti anni prima, nonché alle ragioni per cui, a fronte di un pozzetto, costruito in quel modo, nessuno, in sede di collaudo o di successiva manutenzione, se ne fosse lamentato, né avesse rilevato le pericolose conseguenze scaturite (il buco si era, invero, formato nel tempo, certamente dopo la consegna dell'opera dal costruttore al committente, a seguito dell'erosione del terreno e forse anche di manomissioni).

5.2. A ciò, tuttavia, va premesso che la ricostruzione della vicenda proposta dalla corte d'appello è in gran parte frutto dell'elaborazione di astratte congetture anziché della valutazione di concreti elementi probatori.

Il ragionamento probatorio deve rispondere, oltre che ai postulati della logica, alle regole diseg-  
nate, per il giudizio di merito, anche dall'art. 192, comma 2, c.p.p. alla stregua del quale l'esistenza  
di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti.  
Beninteso, l'accertamento del nesso di causalità non ha regole diverse da quelle di ogni altro  
accertamento giudiziale e può fondarsi anche sul coordinamento di una pluralità di indizi che  
valutati singolarmente sarebbero insufficienti a garantire conclusioni attendibili.

In altre parole, la prova ben può risultare da indizi; essi, però, devono fondarsi su circostanze  
di fatto certe.

L'indizio è, invero, un fatto certo dal quale, per inferenza logica basata su regole di esperienza  
consolidate ed affidabili, si perviene alla dimostrazione del fatto incerto da provare (cfr. per tutte  
Sez. un., 4 febbraio 1992, Musumeci, rv. n. 191230). L'esistenza del *factum probans* non può quin-  
di essere supposta o intuita; benché l'art. 192 c.p.p. non lo dica espressamente, ciascuna circo-  
stanza di fatto assumibile come indizio deve necessariamente essere caratterizzata dal requisito  
della certezza, che postula la verifica processuale in ordine alla reale sussistenza della circo-  
stanza medesima.

Non può, quindi, essere consentito fondare la prova su un fatto supposto, inammissibilmente  
valorizzando una mera congettura. La sentenza impugnata ha, invece, desunto la validità della  
ricostruzione proposta da circostanze non certe, *rectius* ha costruito la prova positiva di respon-  
sabilità degli imputati su dati congetturali, da essa stessa, tra l'altro, definiti come tali con espres-  
sione di palese ambiguità («l'accaduto è affidato a ricostruzioni congetturali delle quali la Corte  
è chiamata a verificare la rispondenza ai pochi dati oggettivi disponibili»). Così, in particolare, pur  
non essendosi potuto stabilire il momento della morte, la corte di merito suppone che Palermo  
sia arrivato in quel luogo, la mattina presto, dopo ore di ininterrotto cammino. Presume, poi, che  
queste ore di ininterrotto cammino non abbiano creato le condizioni scatenanti l'emorragia  
intracranica (ed i relativi segni premonitori), che ha materialmente causato la morte dell'uomo.  
Ipotizza, ancora, in modo incoerente, che Palermo, benché si trovasse in condizioni psico-fisi-  
che compromesse dalla patologia senile, sarebbe giunto in quel luogo «non in condizioni di stress  
ed affaticamento particolari».

Esclude, infine, illogicamente la possibilità che i fatti potessero essersi svolti in modo diverso,  
quando, invece, la ricostruzione alternativa prospettata (ed in particolare che l'emorragia intra-  
cranica potesse anche essersi sviluppata prima della caduta) non era immotivata, né maggior-  
mente congetturale.

E l'impossibilità di escludere, al di là di ogni ragionevole dubbio, i fattori causali alternativi non  
consente di ritenere processualmente certo il rapporto di causalità.

L'affermazione della responsabilità penale deve, in altre parole, necessariamente fondarsi su  
prove inconfutabili.

5.3. Ma, quand'anche si ritenesse che la ricostruzione fattuale sia stata correttamente effet-  
tuata, l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata si imporrebbe per le seguenti ulte-  
riori considerazioni.

Nei reati colposi la causalità dell'azione (o dell'omissione) che ha condizionato l'evento va  
esclusa non soltanto qualora risulti, con valutazione *ex post*, che sopravvenute concause qualifi-  
cate siano state da sole sufficienti a determinare l'evento (come prevede l'art. 41, comma 2, c.p.),  
ma anche qualora l'evento non sia *ex ante* prevedibile.

Sotto quest'ultimo profilo, l'individuazione della responsabilità penale impone di verifi-  
care non soltanto se la condotta colposa abbia concorso a determinare l'evento, ma se l'autore  
della stessa, o l'uomo di media consapevolezza, potesse prevedere quello specifico sviluppo  
causale.

Ed in tal senso la violazione della regola cautelare non è sufficiente: occorre altresì chiedersi  
se l'evento derivante (per quanto riguarda l'omicidio colposo, la morte per come verificatasi *hic  
et nunc*) rappresenti o meno la concretizzazione del rischio che la regola stessa mirava a preve-  
nire (cfr. Sez. IV, 18 marzo 2004, Fattuzzo, rv. n. 28585).

Si impone, pertanto, una valutazione di prevedibilità o imprevedibilità dell'evento per stabilir-  
ne se quello concretamente verificatosi, sia, come afferma autorevole dottrina, "tipico",  
l'inosservanza delle regole cautelari può, invero, dare luogo ad una responsabilità colposa sol-  
tanto per gli eventi che le regole stesse mirano ad evitare.

La regola cautelare può, dunque, concretizzarsi nei confronti dell'evento soltanto qualora l'e-  
vento sia prevedibile *ex ante*. Quindi, la violazione di una regola può essere condizione della  
morte di un uomo, ma se il verificarsi di essa era imprevedibile, l'omicidio colposo non si confi-  
gura perché la prevedibilità *ex ante* dell'evento appartiene alla struttura di detto reato. I principi  
anzidetti non sono stati applicati nel caso in esame. Si sarebbe altrimenti rilevato che il citato  
vizio di costruzione avrebbe sì potuto essere condizione della morte di un uomo; in concreto,  
però, la morte si era verificata perché Palermo non era riuscito a fare ciò che, in assenza di quel-  
la particolare malattia, sarebbe invece riuscito, vale a dire togliere il piede da quel buco. Lo affer-  
ma la stessa Corte, evocando le dichiarazioni del medico - legale: Palermo non poteva rendersi  
«conto di come riuscire a liberarsi, a disincastarsi» perché «chi soffre di demenza senile non è  
capace di ripetere all'indietro il gesto che l'ha condotto a porsi in una situazione di difficoltà;  
anche se ha la possibilità materiale di liberarsi, continua a persistere nell'impulso in avanti che  
lo ha condotto in quella pericolosa posizione, spesso con esiti letali se non interviene qualcuno  
in soccorso».

La morte, così ridescritta nei suoi elementi essenziali (nella consapevolezza che un'opera di  
ridescrizione eccessivamente analitica genera il rischio di un allargamento a dismisura dei casi  
in cui sarebbe possibile addurre l'imprevedibilità dell'evento), era per gli imputati evento impre-  
vedibile.

La condotta colposa loro addebitata (la difettosa costruzione del pozzetto) non è conforme al  
modello legale di concreta negligenza, imprudenza ecc. nei confronti della causazione di "quel-  
la" morte.

6. In conclusione, la decisione impugnata va annullata senza rinvio perché il fatto non sussis-  
te.

Sussistono, inoltre, giusti motivi per dichiarare interamente compensate fra le parti le spese  
di questo grado di giudizio.

## "CONCRETIZZAZIONE DEL RISCHIO" E PREVEDIBILITÀ DELL'EVENTO NELLA PROSPETTIV DELLA DOPPIA FUNZIONE DELLA COLPA

La Corte di cassazione sottolinea la rilevanza assunta, nel giudizio di responsabilità per colpa, dal re-  
della c.d. concretizzazione del rischio, che si aggiungerebbe alla violazione di una regola cautelare e ch-  
terebbe specificato dalla necessaria prevedibilità *ex ante* dell'evento concreto. Ai fini di una chiara de-  
zione tra "oggettivo" e "soggettivo" nella struttura del reato colposo d'evento e seguendo la direzione  
ta dalla c.d. doppia funzione della colpa, si muove dal tentativo di chiarire la collocazione sistematica  
concretizzazione del rischio, sottolineando il ruolo svolto dalla stessa già in sede di individuazione de-  
dotta tipica. Vengono poi esaminati i casi in cui l'evento concreto risulti compreso nello scopo pre-  
della regola cautelare che si assume violata, ma solo prendendo in considerazione anche conoscenze  
venute alla condotta; si ipotizza in proposito che le conoscenze in base alle quali individuare gli eventi

ducibili entro lo scopo preventivo della regola cautelare possano essere anche quelle disponibili ex post, senza peraltro mettere in discussione la necessaria predeterminazione del comportamento diligente rispetto alla condotta dell'agente. Si cerca infine di chiarire se e fino a che punto gli istituti riconducibili alla c.d. causalità della colpa mantengano una propria autonomia sistematica nell'ambito dei reati omissivi impropri.

**Sommario** 1. Premessa. — 2. "Concretizzazione del rischio" e "causalità della colpa". — 3. Alla mancata concretizzazione del rischio corrisponde l'assenza di una condotta tipica. — 3.1. Concretizzazione del rischio ed evoluzione del sapere scientifico. — 4. La prevedibilità ex ante quale elemento caratteristico della funzione soggettiva della colpa. — 5. Profili problematici della causalità della colpa nei reati omissivi impropri.

## 1. PREMessa

Nella pronuncia in epigrafe riecheggiano i tratti fondamentali di una casistica ben nota alla più comune esemplificazione manualistica: Tizio cade in una buca apertasi a seguito di lavori stradali non eseguiti a regola d'arte e non adeguatamente protetti o segnalati<sup>(1)</sup>. Ma, a conferma del fatto che la realtà delle aule giudiziarie supera spesso la fantasia degli Autori di trattati e manuali, la vicenda in questione si segnala

nel *genus* della "responsabilità per azione in senso stretto", non ha esitato a rilevare che questa conclusione non può certo dirsi assoluta: in alcuni casi il soggetto non con la propria attività darebbe origine ad una vera e propria "fonte di pericolo" di cui è dalla legge costituito garante in quanto titolare di poteri esclusivi di organizzazione e di disposizione della fonte stessa: a questa categoria apparterebbe proprio il celeberrimo caso di colui che scava una buca senza poi segnalare adeguatamente (LEONCINI, *Obbligo di avvisarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, 1999, p. 111 ss.; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato, Parte I. La fattispecie oggettiva*, Giappichelli, 2007, p. 129-132; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., Cedam, 2007, p. 161-162; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5<sup>a</sup> ed., Zanichelli, 2008, 597-599; ROMANO, sub art. 40, in *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2004, p. 390-391. In questa sede ci si può solo limitare a condividere le osservazioni di chi evidenzia la difficoltà e a ben vedere, la non necessità di individuare nel "fare pericoloso precedente" una possibile fonte di un obbligo giuridico di impedimento, dotata di effettiva autonomia nell'ambito del sistema. Sta di fatto che anche qualora non si dia questione riguardando alla fonte dell'obbligo, nei casi in cui l'evento è conseguenza di un'attività pericolosa svolta senza l'adozione delle cautele dovute, i contorni tra azione e omissione si fanno più sfumati e la tentazione, nei reati colposi, potrebbe essere quella di valorizzare tout court il c.d. momento omissivo della colpa e di ricorrere dunque allo schema offerto dall'art. 40 comma 2, c.p. Del resto, anche chi ha sostenuto che le ipotesi in cui l'evento derivi da una precedente attività pericolosa vadano più correttamente inquadrare

(soprattutto) per una peculiarità ulteriore, evidenziata nei motivi di ricorso e significativamente valorizzata dalla Corte nella conclusione della parte motiva: al momento dell'incidente la vittima si trovava in condizioni psico-fisiche (morbo di Alzheimer e demenza senile) che le hanno impedito di liberarsi dalla buca a seguito della caduta; operazione che, per contro, un soggetto sano sarebbe stato in grado di compiere senza eccessive difficoltà. In effetti l'evento morte, secondo gli accertamenti medico-legali, andava collocato temporalmente in un momento successivo rispetto alla caduta e risultava eziologicamente derivante da un'emorragia intracranica. Ad avviso della Corte, tuttavia, la ricostruzione in fatto su cui la sentenza impugnata ha fondato la responsabilità dei due imputati si baserebbe su dati meramente congetturali, che, in particolare, non consentirebbero di escludere ricostruzioni alternative<sup>(2)</sup> (per esem-

li gli ostacoli relativi alla prova». Oltre alla fallacia del *post hoc, propter hoc*, il rischio insito in una spiegazione causale ottenuta "per esclusione" è anche quello riassunto dal c.d. *argumentum ad ignorantiam*, che consiste nel ritenere vera una proposizione solo perché non si è dimostrato che sia falsa: Corti, *Introduzione alla logica*, Il Mulino, 1999, p. 170-172 (per un esempio di prova raggiunta "per esclusione" nella stessa individuazione del soggetto responsabile le v. Sez. I 21 maggio 2008, n. 31456; Franzoni in *questa rivista*, 2009, p. 1861-1863, relativa al "caso Cogne": «chi altri, se non lei?», titola un paragrafo del commento di CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il delitto di Cogne*, ivi, p. 1883). In senso contrario si è ritenuto che, almeno a certe condizioni, alla prova del rapporto causale possa legittimamente pervenirsi anche per esclusione. È ovviamente necessario che oggetto di indagine sia un'ipotesi causale specifica e che le possibili alternative vengano rigorosamente vagliate e concretamente escluse: se ne resta in piedi anche una sola, non indagata o non smentita, il principio in *dubio pro reo* impone di non ritenere raggiunta la prova del rapporto causale: così, di recente, ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Studi per Federico Stella*, vol. I, Jovene, 2007, p. 904-905. A sostegno delle proprie considerazioni l'Autore porta il caso della giovane donna violentata da un bruto, affetto da Aids, che risulti a sua volta contagiata dopo qualche tempo dall'avvenuta violenza, nell'ipotesi in cui l'analisi scrupolosa delle abitudini di vita della ragazza e della sua situazione clinica conduca ad escludere che il contagio trovi la sua causa in un fatto diverso da quel contatto sessuale. Proprio alla casistica in questione si riferisce criticamente STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 359. In giurisprudenza, in riferimento ad una pluralità di rapporti non protetti all'interno di una coppia, si rinvia alle pronunce, specie quella di primo grado, relative al noto "caso Lucini" (Trib. Cremona, 14 ottobre 1999, Lucini, in

— Tra le altre Sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, p. 1139; Sez. IV 25 maggio 2005, n. 25233, Lucarelli, in *questa rivista*, 2006, p. 2393, con nota di D'ALESSANDRO, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella valutazione del nesso causale e della colpa: passi avanti nella più recente giurisprudenza di merito e di legittimità* (sulla stessa pronuncia v. anche il commento di BAKROLL, *Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante*, *ex post*, ivi, p. 3219); Sez. IV, 15 maggio 2003, n. 77975, Eva, in *questa rivista*, 2005, p. 424, con nota di DI SALVO, *Tumori da amianto e nesso di causalità*; Sez. IV, 2 marzo 1990, n. 6858, Papini, in *questa rivista*, 1991, p. 1826. L'opinione, ormai affermata in giurisprudenza (cfr. Sez. IV, 6 novembre 2007, n. 840, Bagnoli, cit., c. 123), per cui la prova del nesso di causalità materiale può essere raggiunta anche a seguito della ragionevole esclusione dell'intervento di decori causali alternativi, che, fornendo spiegazioni diverse del medesimo evento, smentiscano la ricostruzione ipotizzata (rilevanza delle ipotesi rivali), non è andata esente da critiche. In particolare STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2003, p. 350-366 (in precedenza v. però STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2000, p. 311-315), ha sostenuto che un'imputazione causale basata su una legge statistica con coefficiente percentualistico medio-basso incorrerebbe inevitabilmente nella fallacia del *post hoc ergo propter hoc* (fallacia della falsa causa); ritenere accertato il rapporto causale perché *ex ante* sussiste la mera probabilità che le cose vadano in un certo modo, significa, in sostanza, tirare a sorte sulla circostanza che le cose siano andate effettivamente in quel modo. Soprattutto, per quel che qui interessa: «l'accusa, utilizzando frequenze medio-basse, non riuscirà mai a dimostrare che l'evento non dipende da altre cause, sia perché la gran parte di queste cause non è né conosciuta né conoscibile, sia perché — sotto un profilo pragmatico — appaiono insuperabili»



pio che l'emorragia si sia sviluppata prima della caduta per le condizioni di affaticamento derivanti da ore di cammino ininterrotto) e, dunque, di ritenere processualmente accertato il nesso di causalità materiale.

In ogni caso, conclude la suprema Corte, «la causalità dell'azione (o dell'omissione) che ha condizionato l'evento va esclusa non soltanto qualora risulti, con una valutazione *ex post*, che sopravvenute concause qualificate siano state da sole sufficienti a determinare l'evento (come prevede l'art. 41, comma 2, c.p.), ma anche qualora l'evento non sia *ex ante* prevedibile». La violazione di una regola cautelare, dunque, costituirebbe condizione necessaria, ma da sola non sufficiente. Ai fini di un giudizio di responsabilità per colpa andrebbe altresì accertato che l'evento verificatosi costituisca la concretizzazione di quel rischio che la regola cautelare mirava ad evitare e ciò, ad avviso della Corte, dovrebbe escludersi in tutti i casi in cui il verificarsi dell'evento risulterebbe *ex ante* imprevedibile per l'autore della violazione o per l'uomo di media consapevolezza: «la regola cautelare può [...] concretizzarsi nei confronti dell'evento soltanto qualora l'evento sia prevedibile *ex ante*».

La pronuncia in questione offre numerosi spunti di riflessione: in sede di commento, tuttavia, pare opportuno soffermarsi proprio sulla contrapposizione tra accertamento *ex ante* e accertamento *ex post*, al fine di verificare quale ruolo vada attribuito alla coppia concettuale in questione nella sistematica del reato colposo d'evento.

## 2. "CONCRETIZZAZIONE DEL RISCHIO" E "CAUSALITÀ DELLA COLPA"

Il riferimento alla "concretizzazione del rischio", quale preteso requisito ulteriore rispetto alla violazione di una regola cautelare, può essere utilmente ricondotto alla più ampia tematica della c.d. causalità della colpa.

Foro it., 2000, II, c. 348, con nota di Nicosia, *Contagio di AIDS tra marito e moglie e omicidio doloso* (v. spec. c. 349-352) e Ass. app. Brescia, 26 settembre 2000, Lucini, in Foro it., 2001, II, c. 285, con note di Nicosia, *Contagio di Aids tra marito e moglie riqualificato come omicidio colposo nel giudizio di secondo grado* e *Foro*, *Morte come conseguenza di contagio da Hiv: profili soggettivi*. Sez. I, 14 giugno 2001, Lucini, in *questa rivista*, 2003, p. 1932, con nota di Di Salvo, *Dolo eventuale e colpa cosciente*; v. anche Sez. V, 17 settembre 2008, n. 44172, in *Guida dir.*, 2008, p. 113, con nota di Amaro, *Va indagato l'animus dell'agente senza prescindere dal contesto culturale*. Sulla praticabilità, nei casi in questione, del c.d. accertamento alternativo improprio, Masera, *Accertamento alternativo del dubbio e profili causali*, Giuffrè, 2007, spec. p. 368 ss. e Masera, *Contagio da AIDS e diritto penale: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1178. Per l'ipotesi di contagio successivo ad un unico rapporto sessuale Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 13388, in *Dir. e giust.*, 2009, Sulla valorizzazione della "causalità negativa" nelle pronunce relative alla responsabilità penale per danni da prodotto v.le

Si tratta per la verità di un luogo sistematico ancora di incerta definizione: ogni discorso al riguardo necessita dunque di (sia pur brevi) considerazioni preliminari volte ad evitare possibili fraintendimenti terminologici.

La categoria della "causalità della colpa", che già sul piano semantico rivela appieno la sua problematicità (*in nomine res!*), risponde all'esigenza di individuare un nesso, il più possibile robusto, tra la "colpa" e l'evento, che, in maniera perfettamente simmetrica alla convinta affermazione di una causalità autenticamente individuale sul versante dell'elemento oggettivo del reato<sup>(3)</sup>, garantisca una sicura "personalizzazione" del giudizio di responsabilità penale<sup>(4)</sup>. Sembrerebbe in realtà più corretto ritenere che il nesso in questione intercorra tra la "violazione della regola cautelare" e l'evento, visto che la "colpa" è il concetto riassuntivo alla cui definizione lo stesso contribuisce; il rapporto di cui tratta, in altri termini, più che costituire un requisito aggiuntivo rispetto alla "colpa" complessivamente intesa, concorre a definirla.

Considerazioni di questo tipo, del resto, trovano un solido sostegno normativo nella stessa formulazione dell'art. 43, comma 1, secondo alinea, c.p.: sebbene la disposizione in questione sia formulata in termini marcatamente oggettivi, significativamente "assonanti" a quelli impiegati dai critici delle teorie della colpa fondate sulla prevedibilità dell'evento<sup>(5)</sup>, il dato positivo sembra delegittimare ogni tentativo di estromettere l'evento stesso<sup>(6)</sup> dalla struttura del reato colposo<sup>(7)</sup>.

Fondamentali sul punto le riflessioni di Santoro, *Giustizia e modernità*, cit. spec. p. 294 ss. Per l'insostenibilità, nell'accertamento causale proprio del diritto penale, del concetto di "causalità individuale" invece Di Giovanni, *Il contributo della vittima*, cit. p. 280-281 e Di Giovanni, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, cit. p. 199. «La causalità individuale, nella sua accezione deterministica, resta [...] appannaggio esclusivo della logica: mentre, al di fuori di questa, sembra una camera inafferrabile. Il richiamo alle leggi causali, spogliato dell'enfasi a cui si affida la funzione di fondamento delle sovversioni giurisprudenziali, si riduce a strumento che consente la previsione di eventi del tipo di quello verificatosi (causalità - inevitabilmente - generale)» (corsivi dell'autrice).

Giardasigli Rocco precisava che «in ogni reato è da distinguere la causalità fisica (art. 40) dalla causalità psichica (art. 42); perché la responsabilità penale sussiste, il fatto che costituisce il reato deve anzitutto essere causato materialmente dall'agente e, in secondo luogo, deve essere da lui causato anche psicologicamente». *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. VII, *Testo del nuovo codice penale con la relazione a Sua Maestà il Re del Guardasigilli (Rocco)*, Tipografia delle Mammellate, 1930, p. 41. <sup>(3)</sup> Cfr. Manzoni, *Trattato di diritto penale*, 5<sup>a</sup> ed. aggiornata dai professori Nuvoletti-Pisapia, vol. I, Utet, 1984, p. 790.

<sup>(4)</sup> Il riferimento, ovviamente, è all'evento inteso in senso naturalistico, ammesso - ma non concesso - che (solo) ad esso faccia riferimento la definizione di delitto colposo fornita dall'art. 43 c.p. Per un'ampia e documentata ricostruzione delle tendenze che muovendo dall'assunto per cui "ogni colpevolezza è una colpevolezza del volere", sono pervenute in passato ad una svalutazione del ruolo dell'evento nella sistematica del reato colposo si rinvia a MARENCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, p. 121 ss. e Forst, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, p. 328-336. Sull'evento come mera condizione obiettiva di punibilità nei delitti colposi, nella nostra dottrina, Manzoni, *Trattato di diritto penale*, cit. p. 792-793; VANNINI, *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, in *Studi Senesi*, 1927, p. 201; VANNINI, *Quid iuris? Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, ristampa inalterata delle XX esercitazioni, Giuffrè, 1954, p. 461 ss.; VANNINI, *Un'ultima parola a proposito dell'evento colposo*, in *Giust. pen.*, 1949, II, c. 345 ss.

<sup>(7)</sup> Non sono tuttavia mancate recenti ed autorevoli prese di posizione volte a ridimensionare la rilevanza comunemente attribuita alla verifica del collegamento tra colpa ed evento, da cui deriverebbe anzi il rischio di «una moltiplicazione di categorie sistematiche, di cui non sembra avvertirsi, a conti fatti, l'impellente necessità». G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2008, p. 448. Più risalente è l'obiezione per cui l'espressione "causalità della colpa" risulterebbe quanto meno improprio.

Il concetto di "causalità della colpa" viene spesso inteso in senso ampio, comprendendo cioè di due problematiche tra loro distinte<sup>(9)</sup>, ma che rispondono alla comune esigenza di "individualizzare" l'accertamento della colpa e, al contempo, di segnare un deciso allontanamento dalla logica del versarsi in re illicita:

- 1) la c.d. concretizzazione del rischio<sup>(10)</sup>;
- 2) la rilevanza del c.d. comportamento alternativo lecito o, *rectius*, del comportamento alternativo diligente<sup>(11)</sup>.

Parè preferibile impostare la questione nei medesimi termini tanto per le ipotesi di colpa specifica quanto per quelle di colpa generica, sebbene i limiti del presente commento non consentano di motivare esaurientemente le ragioni di una simile scelta. È innegabile, in effetti, che nella colpa generica la regola di condotta venga rico-

piata, visto che la violazione del dovere di diligenza, in quanto entità unicamente normativa, non potrebbe davvero causare alcunché: MARNUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 269. V. anche VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, vol. II, *Teoria della pena. Teoria del reato*, Giuffrè, 2006, p. 173; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 553-554. L'ostacolo di tipo "logico", a ben vedere, si rivela agevolmente superabile: messa da parte ogni velleità di affrontare la questione da una prospettiva di tipo ontologico, non resta che prendere atto della scelta compiuta dal legislatore e ricondurre la stessa entro i confini di un "problema di imputazione". Il discorso sembra assai simile a quello relativo alla "causalità dell'omissione": come l'art. 40, comma 1, c.p. ammette che un evento possa essere "conseguenza" non solo di un'azione ma anche di un'omissione allo stesso modo l'art. 43 c.p. subordina la responsabilità per colpa all'accertamento che l'evento si sia verificato «a causa» dell'inosservanza di una regola cautelare, poco importa se tanto la condotta omissiva quanto quella colposa (specie se anche omissiva) non siano in grado di esercitare un effettivo condizionamento eziologico da un punto di vista strettamente naturalistico.

<sup>(9)</sup> Sull'esigenza di mantenere distinte le due questioni, in particolare, FORI, *Colpa ed evento*, cit., spec. p. 446 e MARNUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2006, p. 276-278. Per una nozione ampia di "causalità della colpa", in giurisprudenza, Sez. IV, 6 luglio 2007, n. 37666, Rinaldi, in *Riv. pen.*, 2008, p. 30; Sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 19512, Alana, in *Guida dir.*, 2008, p. 93 (solo massima); Sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 9045, Papaleo, in *C.E.D. Cass.*; Sez. IV, 22 maggio 2008, n. 25648, Ottonello, ivi, 240859.

<sup>(10)</sup> Sintetizzabile nell'esigenza per cui, accertata la formale violazione di una regola cautelare, occorre altresì verificare che l'evento concretamente cagionato rientri nel "tipo" di eventi che la regola preven-

tiva mirava ad evitare: M. GALLO, voce *Colpa penale* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, 1960, p. 642; M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, *Il reato*, Parte II, *L'elemento psicologico*, Giappichelli, 2004, p. 272; MARNUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 265; MARNUCCI, *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Giuffrè, 1965, p. 114 e 164; MARNUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 14 ss.; ANTONISELLI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, 16<sup>a</sup> ed. aggiornata e integrata da Conti, Giuffrè, 2003, p. 378-379; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 333; NUVOLOVE, *La répression et la prévention en matière d'infractions involontaires*, ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, 1969, p. 465; RONCO, in AA.VV., *Il reato*, opera diretta da Ronco, vol. I, tomo I, Zanichelli, 2007, p. 563-566; PADOVANI, *Diritto penale*, 9<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2008, p. 210. Il criterio in questione è sostanzialmente analogo a quello che fa riferimento allo "scopo della norma": FORI, *Colpa ed evento*, cit., spec. p. 426-427.

<sup>(11)</sup> Consistente nella verifica che se il soggetto agente avesse tenuto la condotta prescritta dalla regola cautelare che si assume violata l'evento non si sarebbe verificato (prevenibilità in concreto): M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, cit., p. 170-173; MARNUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, cit., p. 272-275; FORI, *Colpa ed evento*, cit., p. 659 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 334; RONCO, in AA.VV., *Il reato*, cit., p. 566-570; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 210; FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 4598 ss.

<sup>(12)</sup> Sulla rilevanza assunta dai requisiti in questione nella dottrina dell'imputazione oggettiva dell'evento, per tutti, CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, *Jovene*, 1989, p. 93 ss. e p. 175 ss. Per un'efficace ricostruzione storica G. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica*, in *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, studi coordinati da Vinciguerra, Cedam, 1999, p. 445 ss.

struita dall'interprete "muovendo" dall'evento vernicatosi *hic et nunc* visto che, per definizione, manca una regola cautelare che, in quanto scritta, risulti anche semanticamente predefinita<sup>(12)</sup>. Ciò, tuttavia, non toglie che anche nella colpa generica il comportamento diligente debba risultare "riconoscibile" dall'agente al momento della condotta e, dunque, predeterminato. Pienamente condivisibile risulta quindi, anche nella prospettiva da cui qui si ritiene di muovere, l'osservazione per cui la differenza tra colpa specifica e colpa generica non si sostanzia tanto in una differenza tra "astratto" e "concreto", ma, più correttamente, tra il "più" (in quanto direttamente tipizzato dal legislatore) e il "meno" astratto (in quanto ricostruito dall'interprete su una base "più ricca" di elementi desumibili direttamente dalle peculiarità del caso concreto)<sup>(13)</sup>. Proprio questo grado (sebbene "inferiore") di astrattezza della regola cautelare ravvisabile anche nella colpa generica rende perfettamente ipotizzabile uno "scollamento" tra la situazione astratta alla quale si riferisce la regola cautelare che l'agente può "(ri)conoscere" e quella concretamente verificatasi: scollamento che può essere ricomposto attraverso l'operatività dei due "meccanismi di concretizzazione" rapidamente ricordati<sup>(14)</sup>.

Di certo non è un caso che gli schemi concettuali ai quali si ricorre per riempire di contenuto la "relazione individualizzante" tra la violazione della regola cautelare e l'evento coincidano, almeno in parte, con quelli che fondano il modello della causalità individuale: si pensi alle tematiche della descrizione dell'evento e dell'evitabilità dello

<sup>(13)</sup> M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. II, Parte II, cit., p. 164 ss., muovendo da questa premessa ritiene, del tutto coerentemente, che i due "meccanismi di concretizzazione" cui si è fatto cenno nel testo si ritraggano un autonomo ambito applicativo nelle sole ipotesi di colpa specifica. Analoghe considerazioni in TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Giappichelli, 2006, p. 79-80, il quale, nell'ambito di un'originale ricostruzione della funzione sistematica dell'art. 45 c.p. come norma di "chiusura" dell'intera disciplina del recluso soggettivo del reato, sostiene che il caso fortuito e la forza maggiore non possano svolgere alcun ruolo autonomo in presenza della c.d. colpa generica che, in quanto fondata sulla positiva prevenibilità ed evitabilità dell'evento *hic et nunc* alla stregua dell'ormai esdemon *professionis et condiciois*, risulterebbe strutturalmente incompatibile con l'imprevedibilità e l'inevitabilità, misurate sulla base del medesimo parametro, in cui si sostanziano le "cause di non punibilità" dell'art. 45 c.p.

<sup>(14)</sup> Pressoché letteralmente TRAPANI, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 80.

<sup>(15)</sup> Si considerino i seguenti esempi, che si muovono sul delicato crinale che corre tra condotta, stesso causale e colpa: 1) Tizio, scienziato, non ripone la sostanza su cui sta conducendo i propri esperimenti all'interno di un'apposita custodia in grado, secondo il parametro dell'agente modello, di evitare

la propagazione della sostanza stessa e, dunque, incidenti per gli altri ricercatori che usano quel laboratorio. La sostanza, in effetti, viene a contatto con Caio, collega di Tizio. Poniamo che Sempronio, che assiste alla scena, svenega per lo spavento e, battendo la testa, riporta delle lesioni. O, ancora, poniamo che l'adozione della cautela doverosa non avrebbe impedito il verificarsi dell'evento, visto che la custodia a disposizione dello scienziato, a causa di priorità della sostanza sconosciuta al momento della condotta, si rivela del tutto inadatta a contenere il materiale in questione e, quindi, ad impedirne la propagazione. Se, per contro, era del tutto ignota, al momento della condotta, qualsiasi potenzialità nociva della sostanza, nessuna regola cautelare potrà ritenersi disattesa da Tizio. 2) Tizio non chiude l'interruttore generale del gas della sua casa al mare e senza perdita, non prontamente rilevata data l'assenza prolungata del proprietario, deriva un'esplosione che cagiona la morte di un ladro entrato nella villa. Potrebbe ritenersi che la regola che prescrive di disattivare l'irrogazione del gas, specie in caso di assenza prolungata, non abbia anche lo scopo di evitare eventi lesivi nei confronti di soggetti introdotti abusivamente nell'abitazione. Oppure potrebbe immaginarsi che l'interruttore generale presenti difetti di costruzione tali per cui anche in un'abitazione la perdita e l'esplosione si verificano ugualmente.

stesso. Proprio le analogie in questione fanno emergere prepotente la necessità di fissare sicure coordinate sistematiche che consentano di verificare se e fino a che punto possa evitarsi quella sovrapposizione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo che rappresenta una vera e propria costante nella sistematica (e quindi nell'accertamento) del reato colposo d'evento <sup>(45)</sup>.

### 3. ALLA MANCATA CONCRETIZZAZIONE DEL RISCHIO CORRISPONDE L'ASSENZA DI UNA CONDOTTA TIPICA

I giudici di legittimità ritengono – come già ricordato – che la concretizzazione del rischio concorra a definire la "causalità della condotta": il suo accostamento all'evento delle cause sopravvenute da sole sufficienti a determinare l'evento ex art. 41, comma 2, c.p., restituisce l'impressione che la causalità alla quale la Corte si riferisce sia quella materiale <sup>(46)</sup>. Qualche capoverso più avanti si legge che, se manca la concretizzazione del rischio, la condotta colposa «non è conforme al modello legale di concreta negligenza, imprudenza, ecc. nei confronti della causazione di "quella" morte»: con il conseguente annullamento senza rinvio della sentenza impugnata "perché il fatto non sussiste".

A ben vedere quest'ultima affermazione riesce, assai meglio della precedente, a chiarire il significato e la portata del requisito in questione: se l'evento concreto non è riconducibile entro lo scopo di tutela della regola cautelare che si assume violata manca non tanto il rapporto di causalità materiale, ma, prima ancora, una condotta tipica che di quel rapporto costituisca il primo termine di relazione.

Nell'idea per cui dalla carenza di un requisito della colpa deriva quale effetto l'assenza di una condotta penalmente rilevante risuona chiaramente l'eco della teoria finalistica dell'azione, atteggiandosi quale specificazione della più generale premessa per cui, nelle fattispecie causalmente orientate, dolo e colpa sono elementi indispensabili per la stessa individuazione della condotta tipica <sup>(47)</sup>. La c.d. doppia funzione della colpa <sup>(48)</sup>, del resto, con l'attribuzione di un preciso ruolo alla regola "oggettiva"

<sup>(45)</sup> Sulla necessità di evitare indebite commistioni tra "oggettivo" e "soggettivo", di recente, RONCO, *Interruzione del nesso causale e principio di offensività*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 823.

<sup>(46)</sup> Una sovrapposizione tra "causalità materiale" e "causalità della colpa" parrebbe ravvisarsi anche in Sez. IV, 18 marzo 2004, n. 24051, Fatuzzo, in *questa rivista*, 2005, p. 1535: «Non è infatti sufficiente che venga accertato che una determinata condotta, omissiva o commissiva, abbia determinato il verificarsi dell'evento (causalità della colpa: art. 43 c.p.), ma è altresì necessario che la previsione della regola di cautela fosse predeterminata ad evitare quell'evento (c.d. concretizzazione del rischio)», con nota critica di GIZZI, *Il criterio della concretizzazione del rischio tra causalità della condotta e causalità della colpa*. Chiara, invece, la distinzione tra le due prospettive nella giurisprudenza citata alla nota 8. Per un'ampia rassegna delle pronunce giurisprudenziali che hanno fatto

riferimento al criterio della rilevanza del comportamento alternativo lecito v. GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit., p. 4116 ss.

<sup>(47)</sup> Si rinvia, per tutti, alla fondamentale indagine di M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, in *Studi Urbinate*, 1948-1950, spec. p. 224 e 227-232 e a C. FIORE, voce *Azione finalistica*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988, p. 4-6.

<sup>(48)</sup> Per una ricostruzione delle teorie fondate sul presupposto di una "doppia misura" della colpa e per le necessarie indicazioni bibliografiche al riguardo si rinvia a MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 186-193 e JESCHECK, *Struttura e trattamento della colpa nel mondo moderno*, in *Sc. pos.*, 1966, p. 369-371. Nella nostra dottrina, sia pur con accenti differenti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 324 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., spec. p. 537 e 560; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, 2ª ed., Utet, 2006, p. 248-250; ROMANO, sub art. 43, in

di diligenza già in sede di descrizione della condotta, affonda le sue radici proprio nel terreno arato dalla teoria finalistica dell'azione <sup>(49)</sup>.

È auspicabile, tuttavia, che la doppia funzione (e quindi la doppia misura) della colpa non si arresti allo stadio di mera enunciazione di principio; a tal fine è necessario, anzitutto, diversificare i giudizi di prevedibilità ed evitabilità che presiedono all'individuazione della regola cautelare da quelli che consentono di verificare la riconducibilità soggettiva della violazione della regola stessa all'agente concreto.

Si tratta a questo punto di verificare se e come l'obiettivo in questione possa considerarsi pienamente raggiunto.

Sebbene sia condivisibile, nel complesso, l'idea per cui il nesso tra la violazione di una regola cautelare e il risultato dannoso o pericoloso che ne è derivato risulti compiutamente individuato solo dalla congiunta operatività della concretizzazione del rischio e della rilevanza del comportamento alternativo diligente, deve avvertirsi come il primo dei due requisiti non sia dotato, in realtà, di effettiva autonomia nella sistematica del reato colposo. In effetti, il dato per cui l'evento concreto deve potersi ricondurre al tipo di quelli che la regola a finalità preventiva mirava ad evitare, lungi dal costituire una precisazione ulteriore cui è affidato il mero compito di specificare l'ambito applicativo di una regola cautelare già individuata, concorre all'individuazione della regola stessa.

I giudizi di prevedibilità e di evitabilità che definiscono il contenuto della regola a finalità preventiva manterrebbero la consistenza di inafferrabili simulacri se non si definissero l'oggetto ed il parametro dei giudizi stessi. Quanto all'oggetto del giudizio, il contenuto di una regola cautelare può essere descritto ricorrendo alla seguente schematizzazione: «In presenza della situazione A è prevedibile che si verificherà un evento del tipo Y, che si può evitare tenendo (o non tenendo) un comportamento X».

La precisazione non pare di poco conto. Se infatti si ritiene di accogliere la duplice premessa per cui:

a) la regola cautelare assolve ad una funzione oggettiva della colpa, nel senso che contribuisce alla descrizione della condotta tipica, e

Commentario sistematico, cit., p. 457 ss.; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 4ª ed., Giappichelli, 2007, p. 366-367; V. DE FRANCESCO, *Il "modello analitico" fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, p. 434 ss.; PADOVANI, *Il grado della colpa*, ivi, 1969, p. 876-877; PULITANO, *Diritto penale*, 2ª ed., Giappichelli, 2007, p. 348-349; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2008, p. 324 ss.; CANESTRARI, *L'illecito penale preterintenzionale*, Cedam, 1989, p. 99 ss.; DI GIOVINI, *Il contributo della vittima*, cit., p. 422 ss.; CASTRONOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, 2009, spec. p. 470 ss. In giurisprudenza, di recente, Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartolini, in *Foro it.*, 2007, c. 563 e

566, con nota di GUARNINELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*.

<sup>(49)</sup> G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 429. Sul punto WEIZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, in *Jus*, 1952, p. 44: «Con il precetto della diligenza oggettiva, il diritto sottopone a una valutazione oggettiva il controllo finalistico esercitato dall'agente, per vedere se essa tocchi la misura che rientra nelle possibilità di un uomo prudente posto nella situazione del soggetto. Sfuggono invece a una considerazione oggettiva la situazione concreta e i mezzi dell'agente fra cui le sue capacità [...]». Solo in sede di colpevolezza si dovrà esaminare se l'agente poteva personalmente riconoscere e osservare la misura oggettiva di diligenza che l'ordinamento attendeva».

b) lo "scopo di tutela" viene in considerazione già in sede di formulazione della regola cautelare.

dovrebbe ottenersi come sillogistica conclusione che la riconducibilità dell'evento concreto allo scopo di tutela della regola cautelare che si assume violata contribuisce alla stessa "selezione" della condotta penalmente rilevante.

In altri termini: nel caso di scuola dell'anziano debole di cuore, colto da infarto alla vista di una manovra di sorpasso vietata, non ha senso porre un problema di derivazione causale dell'evento dalla condotta dell'automobilista imprudente perché, più "a monte", manca una condotta tipica in grado di costituire il primo termine della relazione "causale", in quanto manca una regola cautelare della cui operatività si possa discutere nel caso di specie.

Non può certo negarsi che l'univoca delimitazione dell'ambito di tutela di una regola cautelare si riveli spesso operazione tutt'altro che agevole. Tralasciando, tuttavia, le (sia pur numerose e complesse) ipotesi problematiche<sup>(20)</sup>, si può tentare di ricavare dalla conclusione poc'anzi esplicitata conseguenze ulteriori, con particolare riferimento alla "base" del giudizio su cui fondare l'individuazione dello scopo della regola cautelare alla quale si pretende di ricondurre l'evento concreto.

A) *Nulla quæstio* se lo scopo preventivo della regola risulti il medesimo tanto al momento della condotta quanto al momento del giudizio. Questa è anche l'ipotesi cui va ricondotta la vicenda oggetto del presente commento: la regola che prescrive la costruzione del pozzetto a regola d'arte non avrebbe anche lo scopo di evitare che all'interno dello stesso trovino la morte soggetti fuggiti da una comunità psichiatrica e non in grado di liberarsi a seguito di una caduta che, per soggetti sani, non si sarebbe rivelata mortale.

La Corte mostra tuttavia significative incertezze in ordine alla scelta del parametro alla stregua del quale la prevedibilità dell'evento andrebbe accertata: il riferimento è all'agente concreto o (in posizione di equivalenza?) ad un non meglio precisato "uomo di media consapevolezza". Del resto anche le teoriche che si muovono nel solco comune della doppia misura della colpa stentano a trovare un sicuro punto di convergenza quando si tratti di chiarire in cosa effettivamente ciascuna misura consista. In proposito deve necessariamente concordarsi con chi ritiene che, perché la sistematica della doppia misura si veda riconosciuta una reale autonomia dogmatica rispetto a quelle fondate *tout court* sulla prevedibilità e sulla evitabilità alla stregua dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, occorre diversificare il parametro di accertamento della misura oggettiva rispetto a quello della misura soggettiva<sup>(21)</sup>. La questione richiederebbe un ben diverso approfondimento. In questa sede si può solo precisare che la soluzione che si ritiene preferibile è quella per cui la regola cautelare andrebbe individuata secondo il parametro oggettivo<sup>(22)</sup> (anche se relativo) dell'*homo eiu-*

<sup>(20)</sup> CASTALDO, *Imputazione oggettiva*, cit., p. 178 diligenza secondo il parametro della miglior scienza ed esperienza, per poi verificare l'attribuità

<sup>(21)</sup> G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 430. dell'insorrenza al soggetto agente secondo il Coerente con queste premesse è, per esempio, la parametro dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*.

ricostruzione proposta da F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 329 ss. e PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 207 ss., che individuano la regola obbligatoria di 131: FANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 546;

*sdem professionis et conditionis*, inteso non solo come tipo di agente, ma anche come tipo di attività di cui l'agente stesso abbia intrapreso lo svolgimento soprattutto come tipo di attività di cui l'agente stesso abbia intrapreso lo svolgimento o, più in generale, come "situazione-tipo" in cui il soggetto di trovi ad operare; per contro la riferibilità soggettiva della violazione andrebbe misurata secondo il parametro dell'agente concreto<sup>(23)</sup>.

### 3.1. Concretizzazione del rischio ed evoluzione del sapere scientifico

B) La questione si rivela più complessa nel caso in cui l'evento concreto risulti compreso nello scopo preventivo della regola, ma solo sulla base di conoscenze disponibili al momento del giudizio. La casistica alla quale si intende far riferimento è costituita, evidentemente, da tutti quei settori caratterizzati da un'acquisizione scientifica *in fieri*, tale per cui le conoscenze causali a disposizione del giudice sono

namanto; M. GALLO, voce *Colpa penale* (dir. vig.), cit., p. 639 ravvisa un vero e proprio «vizio logico» «nel parlare di possibilità di un avvenimento che non si è verificato, quando non si astragga da almeno una delle circostanze del caso concreto». Di qui l'esigenza di individuare un parametro che si ponga quale medio virtuoso tra due esigenze contrapposte: da un lato si tratta di assicurare un certo grado di generalizzazione nell'individuazione della regola cautelare tale da garantirne la previa riconoscibilità e al contempo, in grado di non paralizzare l'accertamento della colpa attraverso la sua estrema soggettivizzazione; dall'altro però resta la necessità di preservare quel minimo di aderenza alla situazione concreta che consenta di continuare a qualificare la colpa come criterio di imputazione soggettiva. Sul punto v. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 336; MANTOVANI, *La colpa per inosservanza*, cit., p. 181-184; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., p. 428-429. A ben vedere l'osservazione per cui «se le cose sono andate in un certo modo significa che non sarebbero potute andare diversamente» non appare decisiva. In questa sede basti osservare che proprio lo studio del reato colposo (e di quello omissivo) ha favorito il passaggio nella sistematica del reato, dal rilievo attribuito a «ciò che è stato» sul piano naturalistico alla valorizzazione di «ciò che poteva-doveva essere» sul piano normativo. In un'ottica di questo tipo l'accertamento di quanto «naturalisticamente» avvenuto rappresenta pur sempre il necessario punto di partenza, in quanto consente di verificare che il modello di comportamento individuato in via astratta da parte del legislatore è rimasto disatteso; ma il giudizio di responsabilità penale può essere completato solo mediante il ricorso a valutazioni di tipo ipotetico-normativo che, per definizione, muovono da premesse *contra facta*.

ROMANO, sub art. 43, in *Commentario sistematico*, cit., p. 458. Parlano di «misura oggettiva-soggettiva» FORTI, voce *Colpa* (dir. pen.), in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 949 e CANTARELLI, *L'illecito penale preterintenzionale*, cit., p. 118.

<sup>(23)</sup> Sulla ricostruzione della doppia misura della colpa come congiunta operatività dei parametri dell'agente modello (misura oggettiva) e dell'agente concreto (misura soggettiva), nella nostra dottrina, ROMANO, sub art. 43, in *Commentario sistematico*, p. 458 e 467-468, il quale precisa che l'inevitabile astrazione che si rende necessaria in riferimento all'agente concreto non comporta inevitabilmente l'impraticabilità logica o l'arbitrarietà del giudizio fondato sul parametro in questione. Sul punto v. anche V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-1978, p. 295: «non è affatto arbitrario stabilire un quadro delle caratteristiche personali dell'agente facendo astrazione dal comportamento oggetto di giudizio. E se proprio di arbitrarietà si vuole parlare (peraltro a torto), il criterio oggettivo [...] non si rivela certamente, sotto tale profilo, più affidabile di quello soggettivo». In effetti, nella rassegna dei possibili parametri alla stregua dei quali «misurare» la prevedibilità e l'evitabilità nel reato colposo, si è esclusa la possibilità di far riferimento all'agente concreto, riproponendo un'argomentazione che può essere così riassunta: dovendosi tener conto di tutte le circostanze soggettive (fisiche e psichiche) che hanno accompagnato la realizzazione della condotta, il solo fatto che l'agente concreto, in quella specifica situazione, non abbia previsto l'evento andrebbe inevitabilmente a concludere che l'evento stesso non era da lui prevedibile ed evitabile e, quindi, che non era in concreto «esigibile» una condotta conforme al modello descritto dall'ordi-



avverse e più ampie di quelle di cui poteva disporre l'agente al momento della condotta <sup>(24)</sup>. In ipotesi di questo tipo, sembrerebbe, sono due le regole cautelari che vengono in considerazione, a seconda del momento prescelto per l'individuazione della regola stessa:

- 1) Regola *ex ante*: tenendo (= comando) o non tenendo (= divieto) il comportamento X sono evitabili eventi del tipo Y (quindi, rispettivamente: non tenendo o tenendo il comportamento X è prevedibile che si verifichino eventi del tipo Y).
- 2) Regola *ex post*: tenendo o non tenendo il comportamento X sono evitabili eventi del tipo Y + Z (e quindi: non tenendo o tenendo il comportamento X è prevedibile che si verifichino eventi del tipo Y + Z).

Se si discute della responsabilità per un evento del tipo Z la complessità della questione emerge in tutta la sua evidenza. In particolare: deve davvero attribuirsi carattere assoluto e decisivo alla contrapposizione tra una prospettiva *ex ante* tipica della "colpa", complessivamente intesa, ed una prospettiva *ex post* riferita invece al solo nesso di causalità materiale, cui anche la presente pronuncia mostra di far riferimento? La risposta, a nostro avviso, deve essere (almeno in parte) negativa.

Più esattamente: le conoscenze in base alle quali individuare gli eventi che rientrano nello scopo della regola cautelare "rilevante" sono anche quelle disponibili ex

(es) Sulla complessa tematica dell'esposizione dei lavoratori all'amianto, costantemente in bilico tra colpa e causalità, tra le altre, Pretura di Torino, 9 febbraio 1995, Barbotto Beraud e App. Torino, 15 ottobre 1996, Barbotto Beraud, entrambe in Riv. it. dir. e proc. pen., 1997, p. 1447 ss., con nota di PIERGALLINI. Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio». Sez. IV, 19 settembre 1997, in Ind. pen., 1998, Barbotto Beraud, p. 541, con nota di VENEZIANI. Utilizzazione di amianto ed omessa adozione di misure prevenzionali: una recente pronuncia della Cassazione in tema di responsabilità per omicidio colposo (relativamente al caso in questione v. anche MICHELETTI, *Tumori da amianto e responsabilità penale*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1997, p. 218 ss. e DEDDA, *Un po' di chiarezza sull'uso indiscriminato dell'amianto in Italia fino agli anni '70*, in Dir. pen. proc., 1996, p. 751 ss.); Sez. IV, 11 maggio 1998, n. 8959, Calamandrei, in Foro it., 1999, II, c. 236, con nota di GUARNIELLO, *I tumori professionali nella giurisprudenza di legittimità*; Sez. IV, 30 marzo 2000, n. 5937, Camposano, ivi, 2001, II, c. 278, con nota di GUARNIELLO, *Dai tumori professionali ai tumori extraprofessionali da amianto*; Pret. Bergamo, 3 aprile 1997, Covili, ivi, 1998, II, c. 484, con nota di TRAMONTANO, *Ancora in tema di morte per intossicazione da amianto: brevi rilievi problematici sulla «ri-descrizione dell'evento» nella verifica del nesso causale*; Sez. IV, 25 settembre 2001, n. 1652, Covili, ivi, 2002, II, c. 290, con nota di FIANDACA; Pret. Padova, 3 giugno 1998, Macola, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1998, p. 720; App. Venezia, 15 gennaio 2001, Macola, ivi, 2001, p. 439; Sez. IV, 11 luglio 2002,

n. 988. Macola, in questa rivista, p. 3383, con nota di BIANOTTA.

BIANOTTA, *Causalità e neoplasie da amianto*; Sez. IV, 2 luglio 1999, n. 12333. Giannitrapani, in *Dir. prat.*, 2000, n. 9, p. 706; Sez. IV, 15 maggio 2003, n. 12327.

PALMA, *I rischi per la salute del lavoratore*; Sez. I, 12 luglio 1997, Evv. cit., p. 424; Trib. Milano, 20 dicembre 1999, Montingelli, in *Fofo arnir*, 2000, p. 293 (solo massima), con nota di MUCCARELLI. Colpa e causalità; Sez. II, 14 settembre 2000, n. 12329 (solo massima).

MUCCARELLI, *Colpa e causalità nella responsabilità professionale*. Tra teoria e prassi, Giuffrè, 2005, p. 141 ss.; PALMA, *La causalità nella responsabilità professionale*. Tra teoria e prassi, Giuffrè, 2004, p. 75-78 e pp. 205-214. Per la più recente vicenda del petrolchimico di Porto Marghera, Trib. Venezia, 3 novembre 2004, entrambe in Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, p. 1670 ss., con nota di PREGALLINI.

PREGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*; Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 46715. Barallini, cit., c. 550.

PUGLITANO, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in Dir. pen. proc., 2008, p. 647 ss. Più in generale sulla tematica dei "danni a distanza", DONNUT, *Imputazione oggettiva dell'evento. Nesso di rischio e responsabilità per fatto proprio*, Giappichelli, 2006, p. 85 ss.

(49) In tema di responsabilità civile per danni derivanti da trasfusioni di sangue infetto Sez. un. civ., 20 novembre 2007, n. 576, in *questa rivista*, 2009, p. 69 ss., con commento di BLAGOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*.

*post* (al momento del giudizio), nel caso in cui le conoscenze in questione intervenissero a precisare lo scopo di tutela di una regola la cui finalità preventiva, sebbene riferita a classi più ristrette di eventi, era già nota al momento della condotta <sup>(26)</sup>. L'effettiva portata dello scopo di prevenzione della regola cautelare attorno alla quale "costruire" la condotta tipica andrebbe dunque verificata utilizzando anche le conoscenze disponibili *ex post* e non solo quelle cui l'agente poteva accedere al momento della condotta.

Non varrebbe obiettare che quest'ordine di considerazioni rischierebbe di mettere in discussione la necessaria predeterminazione della regola cautelare. Quest'ultimo requisito rappresenta senza dubbio alcuno uno dei pilastri attorno ai quali edificare il rimprovero di responsabilità per colpa, tanto specifica quanto – come già precisato – generica <sup>(27)</sup>. Si impone tuttavia una distinzione: una cosa è la (necessaria) predeterminazione del comportamento prescritto dalla regola cautelare di cui si richiede la conoscibilità da parte dell'agente e che quindi risponde alle logiche proprie di un giudizio *ex ante*; cosa diversa è l'ampiezza dello scopo di tutela che alla stessa regola si imputa di attribuire <sup>(28)</sup>. Nella schematizzazione cui si è fatto riferimento in precedenza, pare sufficientemente chiaro che il comportamento diligente X non subisce alcuna variazione nel passaggio da una prospettiva *ex ante* ad una prospettiva *ex post* che interessa – si ripete – unicamente l'ampiezza dello spettro preventivo della regola che prescrive di tenere (o non tenere) il comportamento in questione. Diversamente sta-

(46) Cfr. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima*, cit., p. 446-447; l'Autrice, distinguendo tra "prevedibilità" e "concretizzazione del rischio", precisa che la prima richiede sempre un giudizio *ex ante*, formulato sulla base delle conoscenze disponibili al momento della condotta. L'idea della concretizzazione del rischio, per contro, postula il riferimento ad un giudizio *ex post*, nel senso che presuppone un evento realizzato, ma anche, potrebbe aggiungersi, nel senso che lo spettro preventivo della cautela che si assume violata è ricostruita in base alle conoscenze disponibili al momento del giudizio. La distinzione in questione viene proposta anche da Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartolini, cit., c. 573, con la precisazione ulteriore per cui «la prevedibilità è prevedibilità in concreto, la concretizzazione è prevedibilità in concreto».

Per tutti GIUNTA, *La legalità della colpa, in Criminalità*, 2008, p. 150-152; GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 90-91; alla nota 10 viene citato il caso deciso da Sez. IV, 3 luglio 1992, Zoccola, in *Mass. Cass. pen.*, 1993; un datore di lavoro viene condannato per la morte occorsa ad un suo dipendente subito da una scala priva di agganci o appoggi antiscivolo, senza attribuire rilevanza alcuna alla circostanza per cui una scala munita dei dispositivi di sicurezza richiesti non era, al momento della condotta, disponibile in commercio; VENEZIANI, *Regole generali "proprie" ed "improprie" nella prospettiva*

...della fattispecie colposa causalmente orientate, Cedam, 2003, p. 49 ss. In giurisprudenza si segnala (Sez. IV, 6 giugno 2000, Fratta, in questa rivista, 2001, p. 1217. In riferimento alla colpa generica v. però le considerazioni critiche di DI GIOVINÈ, *Il contributo della vittima*, cit., p. 447-451. Sulla rilevanza di un «punto di vista ex ante, sia pur in riferimento alla categoria del rischio consentito, DONNINI, *Imputazione occorrente dell'evento*, cit., p. 68-69.

(38) PAGLIARO, *Causalità e diritto penale*, in questa rivista, 2005, p. 1058 e PAGLIARO, *Il reato* in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso-Padovani-Pagliaro, Giuffrè, 2007, p. 211, proprio muovendo dalla premessa per cui le qualifiche cautelari possono concretizzarsi nei confronti dell'evento solo se quest'ultimo è prevedibile *ex ante*, perviene alla perentoria conclusione per cui «la prevedibilità *ex ante* dell'e-

vento entra [...] nella struttura dei reati colposi» e, dunque, «il nesso causale richiede la *prevedibilità ex ante* dell'evento colposo» (corsivo dell'Autore). Di recente anche Saremi, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Giappichelli, 2008, p. 381 evidenzia «la collocazione *ex ante* della causalità generale e dunque la sua fisiologica rilevanza già nel momento realizzativo della condotta illecita», del resto, osserva l'Autore, sarebbe quanto meno illogico «far valere a ritroso un nesso causale che in ipotesi *nessuno* conosca al momento della commissione del fatto» (corsivo originale).

rebbero le cose nel caso in cui, sulla base delle conoscenze sopravvenute alla condotta, si ritenesse di poter formulare una regola cautelare che, per prevenire l'evento Z, imponesse all'agente un comportamento W<sup>(49)</sup>. Non è questo tuttavia il caso che si sta esaminando. Le regole cautelari che vengono in considerazione sono identiche quanto al contenuto del comportamento diligente prescritto, diverse quanto alla portata dello scopo preventivo, più ampio nella seconda e tale da ricomprendere quello della prima.

#### 4. LA PREVEDIBILITÀ EX ANTE QUALE ELEMENTO CARATTERISTICO DELLA FUNZIONE SOGGETTIVA DELLA COLPA

Non pare quindi pienamente convincente invocare la prevedibilità *ex ante* dell'evento concreto quale dato che, indefettibilmente ed indistintamente, valga a specificare in maniera esclusiva il requisito della concretizzazione del rischio.

La necessaria prevedibilità *ex ante*, evidentemente, svolge un ruolo insostituibile quando si passi a considerare la funzione più propriamente soggettiva della colpa: all'accertamento relativo alla sussistenza di una condotta penalmente rilevante e alla sua rilevanza causale rispetto all'evento, deve seguire l'accertamento che l'evento stesso fosse prevedibile (ed evitabile) nel caso di specie. Le considerazioni in questione rinviano alla complessa tematica della corretta descrizione dell'evento, che in questa sede può essere oggetto solo di un rapido cenno. Non si è esitato a rilevare come il problema della descrizione dell'evento rappresenti il punto cruciale tanto sul piano della causalità materiale quanto su quello del profilo soggettivo dell'illecito: la scelta delle modalità da includere nella descrizione è un fattore che spesso si rivela decisivo nel condizionare l'esito dell'imputazione<sup>(50)</sup>. Un approccio al problema non tanto "rinunciatorio" ma, piuttosto, "realista" dovrebbe, a nostro avviso, prendere atto che, in sede di ricostruzione generale, l'opera dell'interprete difficilmente possa anda-

<sup>(49)</sup> Cfr. l'esempio portato da VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit., p. 1982, nota n. 29: «Poniamo che nel 2002 (epoca del fatto) si potesse, in conformità alle *leges artis* disponibili) utilizzare il farmaco Alfa per curare una certa patologia "X", e che la somministrazione di Alfa garantisse al paziente solo limitate chance di salvezza. Immaginiamo inoltre che, per colpa, il medico Tizio non abbia diagnosticato al paziente Caio, nel 2002, quella patologia, e che quindi Caio sia deceduto a causa di "X", in mancanza delle cure che forse avrebbero potuto salvarlo (ancorché con poche probabilità). Poniamo, infine, che il medico venga giudicato nel 2005, e che nel frattempo sia stata positivamente sperimentata e diffusa la terapia Beta, in grado di impedire la morte, o di ritardarla significativamente, con certezza o quasi. Ebbene, non avrebbe senso valutare la "causalità dell'omissione" del medico Tizio aggiungendo mentalmente (la corretta diagnosi e) la terapia Beta. Certo, potremmo dire che, secondo

le conoscenze disponibili *ex post*, al momento del giudizio, la somministrazione del nuovo farmaco avrebbe impedito quasi certamente l'evento: ma questo giudizio sarebbe inutile, ai fini della ricostruzione della tipicità del fatto».

<sup>(50)</sup> FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 373, nota n. 46. Dello stesso Autore anche *La descrizione dell'evento prevedibile nei delitti colposi: un problema insolubile?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1983, p. 1559 ss. Resta evidentemente fondamentale il riferimento alle pagine di STELLA, *La «descrizione» dell'evento, L'offesa - Il nesso causale*, Giuffrè, 1970, p. 87 ss. e *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., p. 252 ss. Sulla descrizione dell'evento ai fini del giudizio di responsabilità per colpa, di recente, Così, *Presunzioni di colpa e forme di responsabilità oggettiva*, in *Responsabilità penale e scorporazione probatoria*, a cura di Marafioti e Masucci, Giappichelli, 2006, p. 24 ss. e *Manovra Finalità cautelari della norma, sua evoluzione del tempo e accertamento della colpa*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2006, p. 301 ss.

re oltre la mera enunciazione di "principi direttivi", suscettibili di ricevere adeguata concretizzazione solo tenendo conto delle peculiarità del caso di specie. In proposito, nonostante taluni orientamenti giurisprudenziali di segno contrario<sup>(51)</sup>, non sembra necessiti di particolare dimostrazione l'insufficienza del riferimento ad una classe di eventi talmente ampia da risultare onnicomprensiva: le cautele doverose si annullerebbero entro gli slabbrati confini di un generico *neminem ledere* che, letto secondo la logica del *post hoc, propter hoc*, finirebbe con il legittimare un indebito ingresso del "principio" di precauzione<sup>(52)</sup>, non già come indicazione *de iure condito*. Anche la pronuncia in commento, del resto, precisa significativamente che oggetto di prevedibilità *ex ante* debba essere lo «specifico sviluppo causale» che ha condotto all'evento.

All'opposto, tuttavia, una particolareggiata descrizione dell'evento che pretendesse di ricomprendere ogni singolo anello della catena eziologica rischierebbe di rivelarsi "paralizzante"<sup>(53)</sup>.

Le indicazioni utili per tracciare una soddisfacente "via mediana" potrebbero rinvenirsi nella (ri)descrizione dell'evento *hic et nunc* proposta da Federico Stella: «nella (ri)descrizione debbono essere inseriti quegli accadimenti ed aspetti ripetibili mancando i quali si dovrebbe dire che l'evento del tipo previsto dalla norma non si sarebbe verificato *hic* o non si sarebbe verificato *nunc*»<sup>(54)</sup>.

In questa sede, in ogni caso, si vuole solo suggerire un possibile iter logico-giuridico da seguire in vicende assimilabili a quella dell'esposizione di lavoratori a sostanze tossiche (evento a distanza e evoluzione del sapere scientifico in relazione agli effetti di talune sostanze o prodotti): se - poniamo - la prescrizione di certi dispositivi di sicurezza sul luogo di lavoro, pur pensata originariamente quale strumento di prevenzione volto ad evitare patologie meno gravi, veda ampliato *ex post* il suo spettro preventivo anche al mesotelioma pleurico, potranno ritenersi sussistenti tanto una condotta penalmente rilevante quanto un nesso di causalità materiale tra la stessa e

sionali, in questa rivista, 2006, spec. p. 786-788 e PULITANO, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, cit., p. 651-654; PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, cit., spec. p. 1695-1696 e PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., p. 6 ss.; CANTONZE, *La normalità del disastro tecnologico. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, 2004, spec. p. 11 ss.; ARTURI, *L'agente modello nell'era della complessità: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, spec. p. 1276 ss.; SERRI, *Causalità e responsabilità penale*, cit., p. 155 ss.

<sup>(52)</sup> Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al caso di avvelenamento ai danni di una persona particolarmente resistente alla sostanza tossica, la quale, anziché fare effetto nello stomaco, come avviene nella generalità dei casi, abbia agito nell'intestino: FORTI, *Colpa ed evento*, cit., p. 477 ss.

<sup>(54)</sup> STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale*, cit., p. 264-265.

<sup>(51)</sup> Per una descrizione "ampia" dell'evento rilevante nel giudizio di responsabilità per colpa, tra le altre, Sez. IV, 19 giugno 2008, n. 40785, Cattaneo, in C.E.D. Cass., 2008, n. 241470; Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartolini, cit., c. 574.

<sup>(52)</sup> In argomento si rinvia, nella letteratura penalistica, a GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227 ss.; FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss. e FORTI, *La "luce chiara della verità" e l'ignoranza del pericolo*, in *Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Napoli, Jovene, 2007, p. 573 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, cit., p. 1743 ss.; CONSORTI, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dir. pen.*, XXI sec., 2007, p. 269 ss.; PULITANO, *Gestione del rischio da esposizioni profes-*

l'evento se si riesca a provare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che l'evento è derivato dall'esposizione ad una sostanza rivelatasi poi cancerogena e che l'adozione di cautele già imposte al momento della condotta avrebbe evitato l'evento stesso. Per completare il giudizio di responsabilità penale, tuttavia, sarà pur sempre necessario verificare che l'agente concreto potesse prevedere, al momento della condotta, l'evento *hic et nunc*, ovvero gli effetti derivati dalla violazione della regola cautelare attorno alla quale si modella il comportamento alternativo diligente.

## 5. PROFILI PROBLEMATICI DELLA CAUSALITÀ DELLA COLPA NEI REATI OMISSIVI IMPROPRI

Se già nei reati commissivi la causalità della colpa presenta indubbiamente aspetti problematici, nei reati omissivi colposi costruiti per il tramite della clausola di equivalenza ex art. 40, comma 2, c.p. è la stessa autonomia concettuale e sistematica della "causalità soggettiva" rispetto al rapporto di causalità materiale a risultare visibilmente offuscata. Del resto le innegabili affinità strutturali tra "omissione" e "colpa" moltiplicano esponenzialmente le possibili sovrapposizioni tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato, con il rischio di legittimare indebite semplificazioni sul piano dell'accertamento.

In proposito va precisato che nei reati omissivi impropri la condotta tipica risulta specificata a seguito di una "doppia qualificazione normativa", prima ad opera dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, che assume portata generale, poi per effetto dell'obbligo di diligenza/regola cautelare, che ne specifica il contenuto<sup>(56)</sup>. Poniamo il caso in cui il medico ritardi colposamente la diagnosi cagionando la morte del paziente: l'obbligo giuridico di impedire l'evento, si diceva, prescrive al medico di adoperarsi per evitare risultati pregiudizievoli per il paziente; il "come" attivarsi viene poi specificato dalla regola cautelare rilevante nel caso di specie (per es.: somministrazione di certi farmaci). La distinzione dell'obbligo di impedire l'evento rispetto all'obbligo di diligenza<sup>(56)</sup> assume rilevanza soprattutto quale utile strumento che metta al riparo dalla tentazione di valorizzare, in sede di accertamento, violazioni anche evidenti di regole cautelari, senza verificare preventivamente la sussistenza in capo al soggetto di un più generale obbligo di impedimento<sup>(57)</sup>. Non a caso, del resto, anche chi ha rite-

<sup>(56)</sup> V. GIUNTA, *Ultimità e colpevolezza*, cit. p. 96. Sulla natura doppiamente normativa della condotta omissiva colposa PALERMO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, p. 828; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, cit. p. 1972-1974; NAFPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione, la causalità tra diritto e processo*, in *questa rivista*, 2004, p. 4297.

<sup>(57)</sup> Sottolineano l'esigenza di mantenere distinti i due concetti, in particolare, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit. p. 170 (nota 47); GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit. p. 372-375; LEONCINI, *Obbligo di affidarsi*, cit. p. 118-122; NAFPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione*, cit. 2004, p. 4311; GARGANI, *Ubi culpa, ibi omisso*. La successione di garanti in attività professionali (quali, in primis, quella medica) e di

nuto che, quanto a contenuto, dovere di diligenza e obbligo giuridico di impedire l'evento finiscano non solo per intersecarsi ma addirittura per coincidere, concordi poi sul rilievo per cui sul piano concettuale le due entità vadano tenute distinte<sup>(58)</sup>.

Dalla natura doppiamente normativa della condotta omissiva colposa, per quel che qui interessa, deriva il seguente corollario: il giudizio controfattuale relativo alla causalità materiale nei reati omissivi impropri colposi si sostanzia nell'addizione mentale della "condotta doverosa e diligente omessa". In effetti, nonostante l'obbligo di impedire l'evento rappresenti un *prais* logico rispetto all'obbligo di diligenza, è evidente, ad ulteriore conferma del valore oggettivo della regola cautelare, che quando si tratta di individuare i contorni della condotta penalmente rilevante e, quindi, di verificare il valore causale dell'omissione rispetto all'evento verificatosi, a venire in considerazione sarà la condotta doverosa complessivamente considerata, comprensiva dunque delle particolari modalità di svolgimento dell'attività pericolosa imposte dalla regola cautelare<sup>(59)</sup>.

In altri termini: sembrerebbe precluso ogni spazio logico per l'ulteriore verifica di quel particolare nesso tra la condotta negligente e l'evento in cui si sostanzia la rilevanza del comportamento alternativo diligente. Fin qui, tuttavia, nessun ostacolo di rilievo. Si tratterebbe solo di prendere atto che nel reato omissivo colposo, a differen-

richiamare l'attenzione su vistose disfunzioni di sistemi complessi (quale, ancora una volta, quello sanitario): GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 366, nota a Sez. IV, 12 luglio 1991, n. 1846, Silvestri. Proprio in tema di responsabilità professionale del medico è accaduto che la condotta del sanitario presen-

<sup>(58)</sup> FIANDACA, *Il reato commissivo*, cit. p. 104-105.

<sup>(59)</sup> Sottolinea l'analogia strutturale logica del giudizio ipotetico volto ad accertare l'evitabilità dell'evento mediante il comportamento diligente rispetto a quello che si effettua nella causalità omissiva, FIANDACA, voce *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. d. pen.*, vol. II, Utet, 1988, p. 128. Considerazioni analoghe in GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito*, cit. p. 4121; RAMFON, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva e causalità omissiva*, in *questa rivista*, 2008, p. 572; COCO, *Causalità omissiva e responsabilità sanitaria colposa*, in *Giust. pen.*, 2003, II, c. 376. V. anche DONATI, *La causalità omissiva*, cit. p. 43, secondo il quale «nelle ipotesi di vera omissione non è possibile attribuire al soggetto come "fatto proprio" il decorso causale effettivo se non riconoscendolo come omissione, e quindi attraverso il suo ipotetico comportamento alternativo lecito» (corsivi dell'Autore).

za di quanto avviene per quello commissivo colposo, non sarebbero logicamente ipotizzabili casi in cui, accertata la rilevanza causale della condotta, possano residuare ipotesi in cui il comportamento diligente non sarebbe comunque valso ad evitare l'evento: verrebbe dunque meno in radice quell'esigenza di particolarezza della colpa che il requisito in questione intende soddisfare.

Volendo schematizzare: nei reati commissivi colposi i giudizi controfattuali, relativi, rispettivamente, alla causalità e alla colpa, sono sufficientemente distinguibili e tra loro complementari: in entrambi il contenuto dell'apodiosi consiste nella mancata verificazione dell'evento; ma, quanto alla protasi, se in sede di accertamento causale si ipotizza solo che la condotta negligente non sia stata tenuta, in sede di accertamento della colpa si procede all'addizione mentale della condotta diligente.

Nesso causale: Se - C [ $\neq$  Rc], allora - E

Colpa: Se C [Rc], allora - E

Dove: C = condotta Rc = regola cautelare E = evento *hic et nunc*

Nei reati omissivi impropri colposi, per contro, nella protasi del controfattuale relativo all'accertamento causale è già compresa la protasi caratteristica del giudizio di rilevanza del comportamento diligente, visto che la regola cautelare rileva già in sede di descrizione della condotta che è necessario "aggiungere mentalmente" per verificare la sussistenza del nesso di causalità materiale. Manca, in altri termini, un comportamento "alternativo" del quale verificare la reale efficacia impeditiva, che sia diverso non solo da quello effettivamente tenuto, ma anche da quello che costituisce il primo termine della relazione causale "oggettiva".

Nesso causale: Se C [Og + Rc], allora - E

Colpa: Se C [Rc], allora - E

Dove: Og = obbligo giuridico di impedire l'evento

A ben vedere, dalle premesse in questione, unitamente all'identificazione della concretizzazione del rischio con il solo requisito della prevedibilità *ex ante*, deriverebbe un significativo mutamento "strutturale" dello stesso giudizio causale dei reati omissivi rispetto a quello caratteristico dei reati commissivi. Se, infatti, la regola cautelare su cui potrebbe legittimamente fondarsi un rimprovero per colpa fosse solo quella il cui scopo di tutela risulti integralmente riconoscibile al momento della condotta, anche la causalità "materiale" dell'omissione risulterebbe condizionata da tale prospettiva *ex ante*, perdendo in questo modo uno dei suoi tratti più caratteristici.

Non sembra tuttavia che le cose stiano in questo modo. Anche in tema di reati omissivi, infatti, restano ferme le considerazioni relative al ruolo svolto in sede di individuazione della regola cautelare (e dunque della condotta) dallo scopo di tutela della regola stessa. E resta ferma la conclusione per cui l'ampiezza dello scopo in questione ne va definita prendendo in considerazione anche le conoscenze disponibili al momento del giudizio, risultando in definitiva confermata la "logica oggettiva" che presiede all'accertamento della c.d. concretizzazione del rischio.

Si pensi al caso di una madre che omette di somministrare al figlio il farmaco prescritto per la cura di una malattia della pelle che, in base ai dati a disposizione

della scienza ufficiale al momento della condotta, non sarebbe estese irritazioni al contatto con certi agenti chimici. Il bambino dopo qualche anno muore visto che, come chiarito dalle successive acquisizioni scientifiche e come noto al giudice che si trova ad accertare la responsabilità penale della donna, la malattia in questione, se non curata per mezzo dei farmaci già presenti sul mercato, può degenerare in una forma particolarmente aggressiva di tumore della pelle. Se l'individuazione della regola cautelare su cui edificare la responsabilità per colpa avvenisse sulla base della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento concreto già al momento della condotta, dovrebbe concludersi che in questo caso manchi un'omissione penalmente rilevante e, a fortiori, il nesso di causalità materiale rispetto all'evento morte. A nostro avviso, al contrario, se si accetta che la somministrazione del farmaco prescritto (comportamento alternativo doveroso e diligente "predefinito") avrebbe impedito l'insorgere non solo delle irritazioni ma anche del tumore, è più corretto affermare che sussiste una condotta tipica e un rapporto di derivazione causale tra quest'ultima e l'evento morte *hic et nunc*, ma dovrà escludersi la responsabilità penale della donna per carenza della prevedibilità *ex ante* (assoluzione "perché il fatto non costituisce reato").