

# SCUOLA FORENSE DI BOLZANO

BOLZANO, 7 APRILE 2017

AVV. FEDERICO FAVA

## L'ILLECITO COLPOSO

### PARTE PRIMA:

#### LA COLPA IN DIRITTO PENALE

##### La colpa: nozione.

Il nostro codice penale – a differenza, ad es., dello *Strafgesetzbuch* tedesco – prevede una **espressa definizione del delitto colposo**:

##### **Art. 43, co. 1 c.p. (*Elemento psicologico del reato*)**

«*Il delitto:*

[...]

*è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente, e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline»*

La definizione del codice è generalmente ritenuta insoddisfacente dalla dottrina (ad es., perché si riferisce soltanto ai delitti colposi di *evento* e non a quelli di *mera condotta* o perché incompatibile con la c.d. “*colpa impropria*” – art. 47, art. 55 ed art. 59, co. 4 c.p. – nella quale l'evento naturalistico è sì voluto dall'agente, ma vi è un errore nei presupposti di tale volizione).

Per quanto riguarda il c.d. **criterio di imputazione soggettiva**, va precisato quanto segue:

- perché un **delitto** sia punibile a titolo di **colpa** occorre una **espressa previsione legislativa (art. 42, co. 2 c.p.)**: la colpa costituisce l'**eccezione** e non la regola (ed è posta a tutela di beni giuridici ritenuti di massima rilevanza: ad es., la vita [art. 589 c.p.], l'integrità personale [art. 590 c.p.], la pubblica incolumità [art. 449 ss. c.p.], etc.);

• per quanto riguarda invece le **contravvenzioni** (art. 42, ult. co. c.p.) esse sono **di regola punibili indifferentemente a titolo di dolo o di colpa** (con qualche eccezione di natura logica, là dove la norma preveda una fattispecie “intrinsecamente” soltanto dolosa o colposa: si pensi alle molestie di cui all’art. 660 c.p. o al falso in bilancio [art. 2621 c.c.] prima della recente riforma del 2015).

**Una precisazione:** la **colpa** non va confusa col più ampio concetto di **colpevolezza**, di cui costituisce un elemento.

Secondo la (condivisibile) ricostruzione di autorevole dottrina [MARINUCCI - DOLCINI] gli **elementi strutturali della colpevolezza** sono:

- dolo o colpa;
- assenza di scusanti;
- conoscenza o conoscibilità della norma penale violata;
- capacità di intendere e di volere.

Vi sono **ragioni politico-criminali** per la **punibilità anche del reato colposo**: soprattutto negli ultimi decenni si è avuta **una vera e propria “esplosione” del modello di responsabilità colposa**: si pensi alla materia degli *infortuni sul lavoro*, della *circolazione stradale*, della *responsabilità medica*, delle *attività rischiose*, delle *contravvenzioni edilizie, paesaggistiche ed ambientali*, etc.

In generale, **i reati colposi sono puniti meno gravemente rispetto alle corrispondenti fattispecie dolose** (si pensi al caso dell’omicidio e si confrontino gli artt. 575 e 589 c.p.), sebbene con la recente riforma del c.d. “omicidio stradale” (L. 23 marzo 2016, n. 41) le pene per il reato (eventualmente) pluriaggravato di cui al nuovo art. 589-*bis* c.p. si avvicinino pericolosamente (ed ingiustificatamente) a quelle previste per l’omicidio doloso...

Tuttavia, secondo autorevole dottrina [FIANDACA – MUSCO], che peraltro riprende l’elaborazione della letteratura tedesca, il reato colposo non sarebbe soltanto un’ipotesi di ulteriore e meno grave forma di colpevolezza [così la dottrina più risalente: ANTOLISEI]: si tratterebbe piuttosto di un **modello specifico di illecito penale**, dotato di struttura e caratteristiche proprie.

### Ma, in sintesi, in cosa consiste la colpa (?)

Da un elemento “negativo”:

- a) MANCANZA DI VOLONTÀ DELL’EVENTO (o meglio, del FATTO) che caratterizza il dolo;

Da due elementi “positivi”:

- b) PREVEDIBILITÀ: **inosservanza** di una **regola cautelare** di condotta;
- c) EVITABILITÀ: l’inosservanza della regola cautelare dev’essere **rimproverabile** al soggetto agente, in base ad un giudizio “personalizzato” (*homo eiusdem condicionis*, “agente modello”, *si veda di seguito*).

### La norma (o regola) cautelare.

Innanzitutto, va sottolineato che le **varie forme di colpa** si basano su un **giudizio** di carattere **normativo**: si riscontra un **contrasto** fra la **condotta concreta** tenuta dall’agente ed il **modello di condotta** imposto dalla **regola cautelare**. Dalla prospettiva del giudice, si dovrà fare dunque riferimento, **non tanto** a quello «... *che si usa fare*», **ma piuttosto** a quello «... *che si doveva fare*» (in un determinato settore o attività).

La regola cautelare può essere delineata **(i)** dagli **usi** (*negligenza, imprudenza, imperizia*), ovvero **(ii)** espressamente prescritta dall’**autorità** (*leggi, regolamenti, ordini, discipline*): nel primo caso **(i)** si parla di **colpa generica**, nel secondo **(ii)** di **colpa specifica** o per **inosservanza di leggi**.

Ora, poiché le azioni umane possono determinare **infinite situazioni di pericolo**, l’**esperienza comune** l’**esperienza tecnico-scientifica** elaborano in continuazione delle **regole cautelari di condotta** dirette a prevenire danni o comunque a contenere i rischi di determinate attività entro limiti socialmente accettabili (si pensi all’esercizio di una diga o, più banalmente, alla circolazione stradale).

A questo punto si deve evidenziare che – *per imputare l’evento cagionato dall’inosservanza della regola cautelare all’agente* – dovranno concorrere **due requisiti**:

- 1) **l’evento deve rientrare nello scopo tipico e preventivo della regola cautelare**, dovendo costituire la «*concretizzazione del rischio specifico*» che tale norma tende ad evitare: ad es., l’automobilista che circoli a sinistra risponderà dello scontro frontale con altro veicolo, ma non del ferimento del passante ferito dalla ghiaia schizzata da sotto le ruote (a meno che non risulti un profilo di colpa generica); detto altrimenti, la norma del

codice della strada che prescrive di circolare a destra mira a prevenire gli scontri fra veicoli, non il fatto che possa schizzare un sasso o della ghiaia da sotto le ruote del veicolo;

in questo senso, si parla anche di «*causalità della colpa*»: *l'evento imputabile all'agente non è qualsiasi evento causalmente conseguente alla sua condotta, ma soltanto quello che le norme cautelari - che egli ha violato - miravano a scongiurare.*

- 2) **l'effettiva evitabilità dell'evento cagionato se l'agente avesse osservato la regola cautelare**: l'evento non sarà imputabile all'agente ove si dimostri – con certezza o quasi con certezza – che lo stesso si sarebbe verificato lo stesso *anche col rispetto della regola cautelare*. Si pensi al celebre “caso del ciclista” (della giurisprudenza tedesca: «*Radfahrerfall*»): un camionista investe un ciclista senza il rispetto delle distanze laterali, ma lo avrebbe in ogni caso investito anche mantenendo la distanza prescritta (in quanto il ciclista, ubriaco, aveva compiuto una brusca ed ampia sterzata al centro della strada).

***Ma cosa significano (i) «negligenza, imprudenza, imperizia» e (ii) «leggi, regolamenti, ordini, discipline» (?)***

Abbiamo appena visto che nel primo caso (i) si parla di **colpa generica**, perché si tratta di una violazione di una **regola “non scritta”**.

Non tutto, infatti, può essere “codificato”. Si pensi alla circolazione stradale ed al caso di un automobilista che si trovi sulla propria corsia di marcia un motociclista steso per terra: in questa situazione, la norma (non scritta) di prudenza imporrà allo stesso di sterzare a sinistra per evitare l'ostacolo; oppure, si pensi all'attività medico-chirurgica in cui appare impossibile “codificare” tutte le situazioni che possono verificarsi nei vari interventi terapeutici o operatori. Ancora, si pensi alle attività che si compiono ogni giorno, come ad es. aprire un ombrello o infilarsi un cappotto senza colpire chi ci sta vicino (ciò che non può ovviamente essere positivizzato in una norma).

**Negligenza** significa **trascuratezza** rispetto ad una **regola di condotta**, più precisamente **mancanza di attenzione** oppure **di sollecitudine**: ad es., il chirurgo che dimentica una garza nel ventre del paziente.

**Imprudenza** si ha quando la **regola cautelare** richiede di **astenersi dall'agire** ovvero di **agire osservando determinati accorgimenti** (mentre in realtà **il soggetto agisce in luogo di**

**astenersi**, e si parla anche di *colpa* “*per assunzione*”, ovvero **agisce senza le debite cautele**): ad es., l’automobilista che si mette alla guida in precarie condizioni fisiche.

**Imperizia** si ha con riferimento ad **attività “qualificate”** (si pensi all’**attività medico-chirurgica**) che richiedono **particolari abilità** o **cognizioni tecniche** e consiste in una **carenza di capacità esecutive** nello svolgimento di determinate arti, professioni, etc.: ad es., il medico che – violando le *leges artis* – sbaglia una diagnosi o una terapia.

Tale **distinzione**, come vedremo meglio nella seconda parte di questa lezione, assume[va] grande **rilevanza** soprattutto con **riferimento alla colpa generica post “legge Balduzzi”**, in quanto – come noto – il primo (e inizialmente maggioritario) orientamento della Suprema Corte ha delimitato l’alveo di applicazione della L. 189/2012 alla sola «*imperizia*» (**sentenze Cantore e Pagano del 2013**), ampliando peraltro l’area tradizionalmente riconducibile all’«*imprudenza*» e/o alla «*negligenza*» al fine di escludere la rilevanza della nuova scusante introdotta nel 2012.

Peraltro, a seguito della **recentissima riforma della “legge Gelli” (L. 8 marzo 2017, n. 24)** in materia di responsabilità sanitaria il legislatore ha valorizzato la nozione di «*imperizia*» (escludendo – per converso – quelle di «*imprudenza*» e «*negligenza*»)

La **L. 24/2017** ha inserito nel **codice penale** il nuovo **art. 590-sexies**, rubricato «**Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario**», con il seguente testo:

«1. *Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell’esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*

2. ***Qualora l’evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico – assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto.***

Sul punto si tornerà nel prosieguo.

Sulla nozione di **leggi e regolamenti** non ci sono particolari problemi.

Gli **ordini** sono prescrizioni (dell’autorità pubblica) più specifiche, rivolte ad un destinatario o ad una cerchia di destinatari determinati o determinabili: ad es., i provvedimenti dell’autorità comunale in materia di circolazione stradale.

Le *discipline* sono norme generali emanate ad autorità pubbliche o private (si pensi al regolamento aziendale che detti norme in materia di sicurezza sul luogo di lavoro, ad es. di una miniera).

### **L'homo eiusdem condicionis ovvero l' "agente modello".**

Abbiamo visto che – per muovere un rimprovero di colpa – è sempre necessaria la violazione di una **regola cautelare**, ovvero, in altri termini, l'individuazione del **comportamento doveroso** che avrebbe dovuto tenere l'agente per evitare un fatto (prevedibile).

A tal fine, è stata elaborata la figura del c.d. "**agente modello**" ovvero dell'*homo eiusdem condicionis (et professionis)*: tuttavia, non esiste un unico agente modello (ad es., secondo il paradigma civilistico del «*buon padre di famiglia*»), ma una **varietà e pluralità di figure, differenziate** a seconda del **tipo di attività**: il modello di *uomo o donna di casa*, il modello di *automobilista*, il modello di *operaio edile*, etc.

Ciascuno di noi, nel corso della propria giornata, rivestirà via via diverse posizioni di agente modello a seconda dell'attività svolta: e così, al mattino saremo il modello di *uomo o donna di casa* nell'utilizzare gli elettrodomestici, di seguito per recarci al lavoro assumeremo la qualifica di modello di *automobilista o pedone o ciclista*, etc.

Nell'ambito dell'**attività medico-chirurgica** si tende alla massima differenziazione degli agenti modello: e così si parlerà di modello di *infermiere generico o specializzato*, di *medico specialista chirurgo vascolare*, etc.

Di regola, il giudizio sulla colpa si dovrà fondare su un criterio misto **oggettivo-soggettivo**: in altri termini, accanto al modello di agente quanto più (possibile) specificamente individuato (profilo *oggettivo*), verranno poi considerate le particolari conoscenze o abilità del singolo agente (profilo *soggettivo*), come nel caso – ad es. – del soggetto che vivendo a pochi metri da un incrocio pericoloso ne conosca tutte le insidie *et similia*.

Eccezione a tale regola (*che costituisce una sintesi e, se vogliamo, una semplificazione di un ampio dibattito dottrinale*) saranno le abilità superiori ed eccezionali del soggetto *al di fuori* dell'attività in concreto svolta.

Chiariamo con un esempio: non si potrà pretendere che un pilota di Formula 1 utilizzi tutte le attenzioni e le cautele che deve prestare durante la corsa di un Gran Premio nel momento in cui si rechi in auto a far la spesa con la propria famiglia; durante il Gran Premio egli sarà l'agente

modello del *pilota di Formula 1*, in auto a fare la spesa con la famiglia, l'agente modello del *buon automobilista*.

### Colpa, nesso di causalità, posizione di garanzia

Innanzitutto, va precisato che **colpa** e **nesso di causalità** – *che nell'applicazione pratica vengono spesso erroneamente confusi* – vanno tenuti ben distinti.

In breve, si potrebbe riassumere: se non c'è *causa*, non c'è *colpa*.

Allo stesso modo, va tenuto ben **separato** anche il tema della **posizione di garanzia**, che riguarda ovviamente il **reato omissivo improprio**: peraltro, la giurisprudenza (*soprattutto in materia di diritto penale del lavoro*) ha optato per una **nozione effettiva** e "*dinamica*" della **posizione di garanzia**, che prescindendo dal mero dato dell'investitura formale.

Nei reati omissivi in propri, peraltro, si parla di **causalità doppiamente ipotetica**, in quanto basata su un **giudizio "controfattuale"** fondato su questo tipo di ragionamento: *se fosse stata tenuta la condotta doverosa, si sarebbe evitato l'evento (?)*

Si rinvia alla seconda parte per l'approfondimento sugli infortuni sul lavoro.

### Reati di pericolo (e di danno)

Molto spesso, l'illecito colposo è costruito sul modello del **reato di pericolo**.

Come noto, essi rappresentano una **forma di anticipazione** rispetto alla **lesione del bene giuridico** tutelato dalla norma, che in molti casi non può essere protetto soltanto dalla previsione di un **reato di danno** vero e proprio:

Ad es., in materia di sicurezza sul lavoro o di circolazione stradale (ma anche in materia di ambiente e di pubblica incolumità) vi sono molte ipotesi di reati di pericolo che anticipano la tutela della lesione del bene "finale" vita o integrità fisica: proprio per questo (anticipazione di tutela) essi presentano talvolta dei profili di criticità e di possibile contrasto con il principio di offensività, previsto dalla Costituzione (art. 25, co. 2 c.p.) e dal codice penale (art. 49, co. 2 ed ora anche art. 131-bis c.p.).

In generale, poi, si distingue fra reati di **pericolo astratto** e **concreto** (soprattutto per questi ultimi è fondamentale è importante individuare il bene giuridico tutelato: si pensi, ad es., ai reati c.d. "plurioffensivi"):

- **per quanto riguarda i reati di pericolo astratto**, è il legislatore che opera una valutazione *ex ante* della pericolosità di condotta (qualcuno distingue anche i reati di pericolo *presunto*): ad es., la guida in stato di ebbrezza, in cui il legislatore determina *ex ante* la "pericolosità" della guida con un superamento del tasso alcolemico di g/L 0,8, a prescindere da ogni valutazione in concreto (**Cass. pen., sez. IV, 4 maggio 2004, n. 34343**); molte sono le **contravvenzioni** in materia di **prevenzione antinfortunistica** costruite sul questo modello di reato;
- **per quanto riguarda i reati di pericolo concreto**, è il giudice che deve valutare caso per caso se la condotta ha realmente posto in pericolo il bene giuridico tutelato (in via anticipata) dalla norma; il giudizio deve basarsi su una prognosi *ex ante* in concreto a base totale: ad es., il c.d. "disastro innominato colposo" (art. 449 c.p.) in cui

*«è necessaria una concreta situazione di pericolo per la pubblica incolumità, nel senso della ricorrenza di un giudizio di probabilità relativo all'attitudine di un certo fatto a ledere o a mettere in pericolo un numero non individuabile di persone, anche se appartenenti a categorie determinate di soggetti. A tal fine, l'effettività della capacità diffusiva del nocumento (cosiddetto pericolo comune) deve essere, con valutazione "ex ante", accertata in concreto» (Cass. pen., sez. IV, 21 ottobre 2015, n. 45438).*

## PARTE SECONDA:

### **(A) IL DIRITTO PENALE DEL LAVORO**

#### **Premessa: peculiarità della colpa in materia di infortuni sul lavoro**

Già a partire dagli anni cinquanta del secolo scorso, con tutta la successiva evoluzione legislativa culminata (ma non terminata) nel **D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81**, si è assistito ad un progressivo **ampliamento dei comandi e delle prescrizioni** dettati in funzione di prevenzione degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali.

Ebbene, tali **comandi/prescrizioni** sono stati via via presidiati da **sanzioni penali** (spesso, di natura contravvenzionale):

- da un lato, spostando ormai il *focus* dalla **colpa generica** (ormai del tutto residuale, se non scomparsa) a quello della **colpa specifica** e,
- dall'altro, ampliando oltre misura le possibilità di muovere una contestazione di **colpa specifica** nell'ottica dei delitti di **omicidio** e **lesioni colpose** [VENEZIANI].

#### **Reati propri in materia di sicurezza sul lavoro**

La quasi totalità degli illeciti in materia sono costruiti sul modello del **reato proprio** (**Cass. pen., sez. III, 1 marzo 2006, n. 16291**), per la commissione dei quali è dunque necessaria la presenza di una determinata **qualifica soggettiva** («datore di lavoro»; «coordinatore per l'esecuzione dei lavori», etc.).

Tuttavia, la giurisprudenza ha ormai da tempo superato il criterio della semplice “investitura formale”, preferendo piuttosto aderire ad un'interpretazione secondo cui **compiti** e **funzioni** debbono essere valutati secondo un **principio di effettività**.

Prevarranno, dunque, le **funzioni in concreto esercitate** rispetto alla carica formalmente attribuita all'agente: la valutazione dovrà tenere conto dell'**effettività delle attribuzioni e/o delle mansioni** proprie della qualifica ad es. di «datore di lavoro» o «preposto» (**Cass. pen., sez. IV, 27 marzo 2001, n. 20176**).

Ciò assume una certa rilevanza – soprattutto in prospettiva processuale – in quanto molto spesso vi sono diversi imputati per il medesimo fatto lesivo o mortale (ad es., il «datore di lavoro» ed il «coordinatore per l'esecuzione dei lavori», etc.): sarà dunque fondamentale distinguere i vari ruoli nell'ambito delle rispettive responsabilità penali.

## Valutazione dei rischi e colpa

Il «*datore di lavoro*» è responsabile della **valutazione dei rischi**, dovendo egli elaborare il relativo **documento** (artt. 28, 29 D. Lgs. 81/2008); peraltro, tale **adempimento non** è nemmeno **delegabile** (art. 17 D. Lgs. 81/2008).

Il **processo di valutazione dei rischi** contiene in sé **due momenti**, peraltro significativamente collocabili nel **classico paradigma della colpa**:

- la fase di **individuazione ed analisi dei rischi** – che coincide con la *prevedibilità*;
- la fase di **concreta attuazione delle misure idonee a scongiurare tali rischi** – che coincide con la *evitabilità*.

Il processo di valutazione dei rischi rileva, fra l'altro, anche in caso di (presunta) interruzione del nesso causale ad opera di comportamento colposo del lavoratore: se il datore di lavoro avrà adeguatamente valutato tutti i rischi, attuando anche le concrete misure idonee a scongiurarle, la condotta del lavoratore – pur con tutte le cautele di una giurisprudenza tradizionalmente assai restrittiva – potrà rilevare come causa sopravvenuta *ex art. 41, co. 2 c.p.* (si veda *infra*).

## La delega di funzioni (art. 16 D. Lgs. 81/2008)

Tale istituto era stato originariamente delineato dalla giurisprudenza, fino alla sua positivizzazione ad opera del **D. Lgs. 81/2008**.

Il «*datore di lavoro*» può dunque **delegare**, ove non espressamente vietato, le proprie **funzioni di garanzia**, alle seguenti **condizioni** (art. 16 D. Lgs. 81/2008):

- che la delega risulti da atto scritto recante data certa;
- che il delegato possieda tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- che la delega attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
- che la delega attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
- che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.

Inoltre, della delega dev'essere anche data **tempestiva ed adeguata pubblicità**.

Sulla delega di funzioni si è a più riprese espressa la giurisprudenza di legittimità, in particolare con la pronuncia delle **Sezioni Unite del 24 aprile 2014, n. 38343**, che – fra l’altro – ha precisato che gli obblighi di prevenzione, assicurazione e sorveglianza gravanti sul datore di lavoro possono essere validamente trasferiti *ex art. 16 D. Lgs. 81/2008* **a condizione che l’atto di delega riguardi un ambito ben definito e non l’intera gestione aziendale** (in senso conforme, da ultimo, **Cass. pen., sez. IV, 20 luglio 2016, n. 33630**).

### **Il c.d. “comportamento colposo” del lavoratore (idoneo ad interrompere il nesso causale)**

Un tema che si ripropone spesso in sede processuale in caso di infortunio o di malattie professionali è l’**interruzione del nesso causale *ex art. 41, co. 2 c.p.*** in caso di **condotta colposa del lavoratore**.

Va precisato che, nel caso di specie, non si tratta di un (malinteso) “concorso di colpa”, quanto di una vera e propria **causa sopravvenuta idonea di per sé a determinare l’evento** e quindi ad **elidere il nesso causale** rispetto alla condotta del datore di lavoro o comunque del soggetto obbligato.

La **giurisprudenza maggioritaria**, per non dire totalitaria, ha optato per un’**interpretazione assolutamente restrittiva dei fattori causali sopravvenuti**, riconoscendone l’operatività – e dunque l’esclusione del nesso causale – soltanto ove questi si manifestino in **situazioni estranee al processo produttivo** o alle **mansioni attribuite** o, ancora, in caso di **dolo o colpa gravissima del lavoratore**.

Per la giurisprudenza – al fine dell’interruzione del nesso causale in presenza di comportamento colposo del lavoratore – è dunque necessario che vi sia una «**condotta *abnorme***» da parte di quest’ultimo (*ex multis*, **Cass. pen., sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 44811**; per una rarissima sentenza che ha riconosciuto l’interruzione del nesso causale a favore del datore di lavoro, **Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2012, n. 10712**).

Un recente orientamento parrebbe in parte superare il criterio della «**abnormità**» del comportamento del lavoratore e – in virtù di una nuova concezione ispirata ad un modello *collaborativo* – includerebbe altresì anche le azioni «**esorbitanti**» (e vale a dire quelle condotte che fuoriescono dall’area di rischio che il datore è chiamato a valutare in via preventiva) (**Cass. pen., sez. IV, 5 maggio 2015, n. 41486**).

Resta comunque il problema della **valutazione del rischio in via preventiva**, che introduce una nozione di *prevedibilità* talmente ampia da svuotarne, di fatto, il contenuto.

**La «violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro» in relazione agli artt. 589 e 590 c.p.**

La questione centrale sull'**aggravante** in parola **prevista dagli artt. 589 e 590 c.p.** riguarda la **necessità** (o meno) della **violazione di una norma di legislazione speciale in materia antinfortunistica** (che determinerebbe, evidentemente, una colpa *specificata*) ovvero se sia **sufficiente la violazione di comuni regole di prudenza** (che fonderebbero, invece, una colpa *generica*).

La giurisprudenza ha optato per un'**interpretazione estensiva** – facente leva, fra l'altro, sul precetto generale dell'**art. 2087 c.c.** – imponendo dunque l'**osservanza di tutte quelle norme cautelari** che, direttamente o indirettamente, perseguono il **fine di evitare incidenti sul lavoro o malattie professionali** e che tendono, in genere, a garantire la sicurezza sui luoghi di lavoro (**Cass. pen., sez. IV, 19 maggio 2011, n. 28780**).

**I rapporti fra le contravvenzioni antinfortunistiche ed i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p.**

Particolarmente interessante (e problematica) appare la questione dei **rapporti** fra le **contravvenzioni antinfortunistiche** previste dal **D. Lgs. 81/2008**, costruite tendenzialmente sul modello dell'**illecito colposo di pericolo astratto** (si veda *retro*) ed i **reati colposi con evento di danno di omicidio e lesioni** *ex artt. 589 e 590 c.p.*

Innanzitutto, va sottolineato che la **giurisprudenza** ha optato per il **concorso formale** fra i **due reati** (**Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2001, n. 35773**), escludendo l'assorbimento della contravvenzione nella fattispecie delittuosa.

A livello processuale, poi, va evidenziato che molto spesso le contravvenzioni antinfortunistiche rappresentano un vero e proprio "cavallo di Troia" attraverso il quale si fonda il rimprovero di colpa specifica in relazione alla più grave fattispecie di lesioni o addirittura di morte.

Ciò si accompagna, peraltro, alla prassi di talune Procure della Repubblica di procedere separatamente per i reati contravvenzionali e quindi per i delitti di danno, spesso adottando per i primi la "scorciatoia" del decreto penale di condanna (che può portare – ad es. – ad una mancata opposizione o ad un procedimento definito, ove possibile, con oblazione: da qui poi la delicata questione dei rapporti fra questo procedimento e quello "principale" per omicidio o lesioni, il cui addebito di colpa si fonda – come visto – sulla contravvenzione processualmente già definita).

Si veda il sottostante capo d'imputazione, esempio "tipico" di quanto appena evidenziato:

di amministratore unico e datore di lavoro della \_\_\_\_\_ e di direttore di cantiere e procuratore speciale della medesima azienda, \_\_\_\_\_ di attuare quanto previsto nel piano di sicurezza e coordinamento redatto dal coordinatore per la progettazione \_\_\_\_\_, in quanto in relazione ai lavori di cui al capo a), non predisponavano la linea guida prevista a pag. 17 e 18 del piano di sicurezza e coordinamento; In Ora, fino al 8 maggio 2012

c) della contravvenzione p. e p. dall'art. 122 in relazione all'art. 159, comma 2, lett. b) del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, per avere omesso, nelle loro rispettiva qualità specificate sub b), di adottare, in relazione al lavoro specificato sub a), con pericolo di caduta nel vuoto da un'altezza superiore a 5 metri, idonee opere provvisoriale e/o precauzioni atte ad eliminare i pericoli di caduta di persone e di cose; (reato definito nel separato procedimento n. 4709/2012 R.G.N.R. per \_\_\_\_\_ e n. 4708/2012 R.G.N.R. per \_\_\_\_\_) In Ora, fino al 8 maggio 2012

TUTTI

d) del delitto p. e p. dall'art. 590, commi 2 e 3, CP, per avere, nelle loro rispettive qualità specificate sub a) e b), per negligenza, imprudenza o colpa specifica ai sensi dell'art. 2087 CC nonché per violazione della normativa sulla prevenzione infortuni di cui ai capi a), b) e c), provocato a \_\_\_\_\_ una lesione personale consistente in "Trauma cranico con contusione temporale dx, Esa postraumatica, edema fronto-temporale bilaterale, frattura mastoide dx fino in regione temporale con diastasi della struttura lamboidea, perforazione timpanica dx e piccolo pneumoencefalo", con incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un tempo di almeno 64 giorni, esiti invalidanti non esclusi; in particolare, il \_\_\_\_\_, dipendente della \_\_\_\_\_, mentre era intento ad eseguire i lavori di rifacimento del tetto presso il cantiere specificato sub a), metteva i piedi su di un pannello di polistirolo posato su di un'apertura e cadeva nel vuoto da un'altezza di circa 5 metri, riportando le lesioni soprascriptate; con le aggravanti di aver provocato un'incapacità di attendere alle proprie occupazioni superiore ai quaranta giorni e di aver commesso il fatto con violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro. In Ora, il 8 maggio 2012

### Appendice: il nesso di causalità

L'argomento va tenuto distinto dal tema della **colpa**: esso assume rilievo in particolare con riferimento alle **malattie professionali** (ad es., nelle patologie conseguenti all'esposizioni all'amianto) ed ha conosciuto nella giurisprudenza a partire dagli anni novanta e duemila una significativa evoluzione.

La giurisprudenza ha quindi abbandonato – in materia causale – la tradizionale teoria della *condicio sine qua non* per adottare il paradigma del c.d. **aumento del rischio**: di conseguenza, il rapporto eziologico fra il fattore di rischio e l'insorgenza della malattia nel lavoratore esposto non deve più strutturarsi come condizione *necessaria*, ma piuttosto come elemento che abbia

aumentato il rischio – sulla base di una legge epidemiologica idonea – della patologia contratta dal lavoratore.

Un punto di svolta in materia è sicuramente rappresentato dalla notissima **sentenza Franzese (Cass. pen., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328)**, che ha risolto il contrasto interpretativo sui criteri di determinazione e apprezzamento del valore probabilistico della spiegazione causale, con particolare riferimento al **grado di probabilità dell'efficacia impeditiva del comportamento alternativo omissivo rispetto al singolo evento lesivo**.

Le **Sezioni Unite** rifiutano la teoria dell'**aumento del rischio** in favore della **teoria condizionalistica** in relazione alla **sussunzione sotto leggi scientifiche** (o di **copertura**).

Cerchiamo di vedere ora la traduzione della posizione delle Sezioni Unite nell'ambito della causalità in materia di **malattie professionali**, in particolare con riferimento alle c.d. **patologie multifattoriali**: si pensi al classico esempio del tumore al polmone ed alle (possibili) cause del fumo di sigaretta e dell'esposizione all'amianto.

Un'applicazione rigorosa della sentenza *Franzese* dovrebbe portare a dimostrare che un soggetto fumatore, benché esposto ad un fattore di rischio ulteriore rispetto all'amianto, abbia contratto la malattia proprio per l'interazione di quest'ultima con il fumo, accelerando il decorso della malattia (**Cass. pen., sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37762**).

Meno problematica la questione delle **patologie monocausali** (si pensi al mesotelioma pleurico), per cui si segnalano – oltre alle più recenti pronunce – i due fondamentali arresti della **sentenza Cozzini (Cass. pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786) Fincantieri (Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311)**, che hanno cercato di riportare su un piano di maggior rigore l'accertamento del nesso causale in materia di patologie legate all'esposizione all'amianto.

## (B) L'ATTIVITÀ MEDICO-CHIRURGICA

### La “legge Balduzzi” (L. 8 novembre 2012, n. 189)

In questa sede non è ovviamente possibile apprezzare né approfondire tutta la complessità dell'argomento.

Tuttavia, sul **piano soggettivo** si può quanto meno (cercare di) abbozzare un quadro dell'ultima **evoluzione giurisprudenziale** a seguito dell'entrata in vigore della c.d. “**legge Balduzzi**”, che – da un lato – ha per la prima volta **introdotto** in materia **penale** la **nozione di «colpa lieve»** e – dall'altro – ha assegnato **rilevanza scusante** al rispetto da parte del **sanitario** delle «**linee guida**» o delle c.d. **best practices** dell'attività medico-chirurgica di riferimento.

Peraltro, dopo un **atteggiamento di chiusura** della giurisprudenza, che – in estrema sintesi – ha ritenuto applicabile la **riforma** del 2012 **solo allorquando** si discuta della «**perizia**» del sanitario (in quanto le linee-guida e le buone pratiche conterrebbero soltanto regole di *perizia*): ciò, a partire dalla **sentenza Pagano (Cass. pen., sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493)** e quindi **Cantore (Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237)**, la cui posizione è stata indirettamente “avallata” anche dall'**ordinanza n. 295 del 6 dicembre 2013 della Corte costituzionale** e, si sta ora assistendo ad una **progressiva apertura** da parte della quarta Sezione anche ai canoni dell'«**imprudenza**» e della «**negligenza**».

### La delimitazione della “legge Balduzzi” alla sola «imperizia»: le forzature della giurisprudenza (nell'ampliare, per l'effetto, l'area dell'«imprudenza» e della «negligenza»)

In primo luogo, sul piano processuale, si deve rilevare che la giurisprudenza richiede che il **medico** che **sostenga** di aver **rispettato le linee-guida** deve **allegare** le stesse al fine di una **verifica della loro correttezza e scientificità (Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2015, n. 40708)**.

Ma, al di là del dato probatorio, è noto che il **primo orientamento della Suprema Corte** è stato **particolarmente restrittivo** nel riconoscere l'applicazione della “legge Balduzzi”: innanzitutto, come *retro* accennato, la **Cassazione** ha delimitato l'**alveo di applicazione** alla sola «**imperizia**» (con ciò, *peraltro*, **determinando l'importanza di un'imputazione chiara e precisa, assumendo la massima rilevanza la distinzione fra negligenza, imprudenza ed imperizia**).

Si veda il seguente **capo d'imputazione**, un classico esempio di **contestazione alternativa** in materia di **elemento soggettivo colposo**:

## INDAGATI:

a) [redacted] del reato p. e p. dagli artt. 590 comma I e II. in relazione all'art 583 comma I nr. 1 e 2 c.p., perché per colpa consistita in negligenza, imprudenza, imperizia, ed in particolare non aderendo alle linee guida in materia che suggerivano, in considerazione delle condizioni di salute della paziente [redacted] (che presentava rilevanti fattori di rischio quali trombocitemia essenziale e trattamento Oncocarbide con forte rischio di complicanze necrotiche – poi effettivamente verificatesi) di eseguire l'operazione chirurgica solo quale estrema ratio e solo previa verifica della impraticabilità di ogni altra terapia conservativa, sottoponeva invece la p.o. all'intervento. Tutto ciò senza avere correttamente comunicato alla paziente i rischi connessi all'operazione che, se doverosamente riferiti, avrebbero potuto portarla ad optare per un trattamento alternativo, ponendo così in essere le condizioni affinché insorgesse la malattia descritta al successivo capo b):

In [redacted] il giorno [redacted]

b) [redacted] del reato p. e p. dagli artt. 590 comma I e II. in relazione all'art 583 comma I nr. 1 e 2 c.p., perché per colpa consistita in imprudenza, negligenza ed imperizia, non intervenendo tempestivamente dopo a-

Non solo.

La **Cassazione** ha altresì fornito una **lettura particolarmente restrittiva** della **nozione di «imperizia»**, tanto che da più parti si è parlato di «**stretta imperizia**».

Tuttavia, pur a fronte – a questo punto – di esigenze definitorie dei confini fra *negligenza*, *imprudenza* ed *imperizia*, la Suprema Corte si è limitata ad affermare – caso per caso – che questa o quella condotta del sanitario rientrava nella «*negligenza*» piuttosto che nella «*imprudenza*».

Si consideri la seguente casistica:

- *ritardato approfondimento diagnostico*: ritenuto esempio di «*negligenza*», e dunque esclusa l'applicazione della “legge Balduzzi”, là dove si poteva tranquillamente affermare che si era trattato di imperizia nel non aver correttamente valutato il quadro clinico in tempo (**Cass. pen., sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 10929**);

- *somministrazione farmacologica non appropriata*: ritenuto esempio di «imprudenza», e dunque negata la scusante della “legge Balduzzi”, mentre si tratta chiaramente di un caso di imperizia (nel non aver saputo individuare il farmaco corretto) (Cass. pen., sez. IV, 20 maggio 2014, n. 32109).

### **L’apertura della (più) recente giurisprudenza**

Dopo un primo (timido) ripensamento con la sentenza *Manzo* (Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2015, n. 9923) nel corso del 2015 la S.C. ha (finalmente) ampliato il raggio d’azione della c.d. “legge Balduzzi”, **estendendola anche ad addebiti diversi dall’imperizia**, ad es. quando in discussione sia anche la **diligenza** (Cass. pen., sez. IV, 16 novembre 2015, n. 45527).

L’orientamento si è poi (lentamente) affermato, tanto che in una recente pronuncia la Cassazione ha ribadito che *«la limitazione di responsabilità, in caso di colpa lieve, può operare per le condotte professionali conformi alle linee guida ed alle buone pratiche anche in caso di errori che siano connotati da profili di colpa generica diversi dall’imperizia»* (Cass. pen., sez. IV, 6 giugno 2016, n. 23283).

### **Oltre la “legge Balduzzi”: la “legge Gelli” (L. 8 marzo 2017, n. 24)**

Quanto precede è stato superato appena nei giorni scorsi dalla **pubblicazione in G.U.** (Serie generale, 17 marzo 2017, n. 64) della **L. 8 marzo 2017, n. 24** (c.d. “legge Gelli”).

Al di là degli aspetti **amministrativi** (*istituzione della figura del **Garante del diritto alla salute***) e **civilistici** (*bipartizione della responsabilità della **struttura sanitaria** – di natura **contrattuale** – e dell’**esercente la professione sanitaria** – di natura **extracontrattuale** –), il legislatore in sede **penale** ha riconosciuto **valore esimente alla sola «imperizia» e per i soli reati di lesioni e di omicidio colposi** (escludendo – per converso – l’«imprudenza» e la «negligenza»), là dove il **sanitario** abbia **rispettato** le c.d. “**linee guida**” e le **buone pratiche clinico-assistenziali**: si ricorda che – in precedenza (nel regime della “legge Balduzzi”), si escludeva rilevanza penale alla «*colpa lieve*» (*sempre nel rispetto di linee guida e buone pratiche*) senza delimitazione alla imperizia (avvenuta poi in via giurisprudenziale, con orientamento comunque contrastato) né ad alcuna fattispecie di reato in particolare.*

La L. 24/2017 ha **abrogato** l'art. 3 della L. 189/2012, inserendo nel **codice penale** il nuovo **art. 590-sexies**, rubricato «**Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario**», con il seguente testo:

«1. Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

2. **Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico – assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto**».

Si riporta per comodità il seguente **schema**:

<p>“<b>LEGGE BALDUZZI</b>” (L. 8 novembre 2012, n. 189)  <b>art. 3 (ora abrogato)</b></p>	<p>“<b>LEGGE GELLI</b>” (L. 8 marzo 2017, n. 24)  <b>art. 590-sexies c.p.</b></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se l'esercente la professione sanitaria si attiene a <b>linee guida e buone pratiche</b> non risponde <b>penalmente</b> per <b>colpa lieve</b>;</li> <li>• <b>Nessuna distinzione fra <i>negligenza, imprudenza, imperizia</i></b> (solo la giurisprudenza ha limitato alla «<i>imperizia</i>», con orientamento poi superato da <b>Cass. 23283/2016</b>);</li> <li>• Applicabile a <b>tutti i reati colposi</b> del sanitario: lesioni, omicidio, interruzione di gravidanza, etc.</li> <li>• Resta ferma la <b>responsabilità civile ex art. 2043 c.c.</b></li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Se l'esercente la professione sanitaria si attiene a <b>linee guida pubblicate e buone pratiche</b>, non risponde per <b>imperizia</b>;</li> <li>• Cade la <b>distinzione colpa lieve / colpa grave</b>;</li> <li>• Le <b>raccomandazioni</b> ivi previste dalle predette linee guida devono essere <b>adeguate alle specificità del caso concreto</b>;</li> <li>• Applicabile <b>solo ai fatti colposi</b> di cui agli <b>artt. 589 (omicidio) e 590 (lesioni)</b>;</li> <li>• Resta ferma la <b>responsabilità civile ex art. 2043 c.c.</b></li> </ul>

«Come è noto, le **linee guida** costituiscono **sapere scientifico e tecnologico codificato**, metabolizzato, reso disponibile in forma condensata, in modo che possa costituire un'utile **guida** per orientare agevolmente, in modo efficiente ed appropriato, le **decisioni terapeutiche**. Si tenta di oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni; e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta. I vantaggi di tale sistematizzata opera di orientamento sono tanto noti quanto evidenti.

**Tali regole [...] non danno luogo a norme propriamente cautelari e non configurano, quindi, ipotesi di colpa specifica. Esse, tuttavia hanno a che fare con le forti istanze di determinatezza che permeano la sfera del diritto penale. Tale enunciazione, assai utile alla comprensione del sistema e delle implicazioni di fondo connesse alla riforma, ha bisogno di un breve chiarimento. Occorre partire dalla considerazione che la fattispecie colposa ha necessità di essere etero-integrata non solo dalla legge, ma anche da atti di rango inferiore, per ciò che riguarda la concreta disciplina delle cautele, delle prescrizioni, degli aspetti tecnici che in vario modo fondano il rimprovero soggettivo. La discesa della disciplina dalla sfera propriamente legale a fonti gerarchicamente inferiori che caratterizza la colpa specifica, contrariamente a quanto si potrebbe a tutta prima pensare, costituisce peculiare, ineliminabile espressione dei principi di legalità, determinatezza, tassatività.**

*La fattispecie colposa, col suo carico di normatività diffusa, è per la sua natura fortemente vaga, attinge il suo nucleo significativo proprio attraverso le precostituite regole alle quali vanno parametrati gli obblighi di diligenza, prudenza, perizia».*

**Novità:** le **linee guida** dovranno ora essere **pubblicate**, cioè “**positivizzate**”; secondo l'**art. 5 L. 24/2017** il sanitario dovrà adeguarsi «... alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti ed istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco, istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali».

## (C) CENNI SUL C.D. “OMICIDIO STRADALE” (L. 23 MARZO 2016 N. 41)

### Premessa: la L. 23 marzo 2016, n. 41

Con la L. 23 marzo 2016, n. 41 il legislatore ha introdotto **due nuove fattispecie di reato** (art. 589-bis ed art. 590-bis c.p.), abrogando i precedenti aggravamenti di pena previsti nei delitti “comuni” di cui agli artt. 589 e 590 c.p.

Inoltre, ha previsto una inedita **gradazione della colpa**, che rileva come **circostanza attenuante ad effetto speciale** (art. 589-bis, co. 7 ed art. 590-bis, co. 7 c.p.: la pena «è diminuita fino alla metà»), **nei casi in cui l’evento non sia conseguenza esclusiva della condotta del colpevole**.

Tecnicamente, più che di **concorso di colpa**, si tratterebbe di **concorso di cause**.

### Le nuove fattispecie di cui all’art. 589-bis e l’art. 590-bis c.p. e la «violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale».

Non è possibile in questa sede analizzare le neo-introdotte ipotesi delittuose e tutto ciò che comportano da un punto di vista (anche) di politica-criminale: ciò che qui rileva è la previsione espressa della «*violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale*», che rappresenta chiaramente un addebito di **colpa specifica**.

Ciò determina tre conseguenze applicative:

- *in primo luogo*, se non vi sarà violazione di norme sulla circolazione stradale (e dunque soltanto **colpa generica**) – circostanza in effetti piuttosto rara, ma non del tutto inverosimile – si ri-espanderanno le previsioni dei delitti colposi “comuni” ex artt. 589 e 590 c.p.
- *in secondo luogo*, la violazione della norma cautelare *specificata* dovrà rappresentare la «*concretizzazione del rischio specifico*» che tale norma tende ad evitare: ad es., l’automobilista che circoli a sinistra risponderà dello scontro frontale con altro veicolo, ma non del ferimento del passante ferito dalla ghiaia schizzata da sotto le ruote (secondo lo schema della c.d. «*causalità della colpa*»);
- *in terzo luogo*, l’evento non sarà imputabile all’agente ove si dimostri – con certezza o quasi con certezza – che lo stesso si sarebbe verificato lo stesso *anche col rispetto della regola cautelare*. Si pensi ad es. al superamento del limite di velocità di 10 km/h ed all’improvvisa uscita del pedone, il cui investimento non

sarebbe stato evitabile nemmeno tenendo una velocità, in ipotesi, rispettosa del limite.

Una conseguenza rilevante sul piano processuale della nuova normativa sarà l'**attività di polizia giudiziaria** svolta in prima battuta in **sede di rilevamento dell'incidente** e quindi il ruolo che assumerà la **consulenza tecnica** (e quindi, eventualmente, la **perizia**) in **sede di giudizio**.

Con ciò peraltro determinando, vista la circostanza attenuante ad effetto speciale del concorso di colpa e soprattutto la procedibilità d'ufficio *anche* delle lesioni colpose "stradali", un effetto paradossale sui risarcimenti alle vittime, considerato che (quasi) ogni sinistro determinerà una battaglia sul piano della ricostruzione dinamica dell'accaduto (con conseguenti ritardi, rifiuti, riduzioni, etc. del risarcimento, ma – soprattutto – dell'interesse contrario allo stesso da parte dell'indagato/imputato, ribaltando così il precedente *trend* di "leale cooperazione" fra vittime e [presunti] agenti).