

L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?

Ombretta Di Giovine,
Università di Foggia*

1. Premessa e anticipazioni

Nel tornare dopo tempo sull'argomento dell'autoresponsabilità della vittima, pensavamo che avremmo rivisto ed aggiornato le nostre posizioni. Per onestà, anticipiamo che ciò non è avvenuto e che il nostro punto di vista, così come le nostre opzioni di inquadramento teorico, non sono molto mutate da allora. Muoveremo inoltre un passo nella direzione di un più marcato scetticismo. Sicché, anticipando le conclusioni, osserviamo che, dal nostro punto di vista, l'autoresponsabilità della vittima è un *topos* argomentativo, un lessico di sintesi, volto a denotare una tematica complessa che al suo interno sussume soluzioni teoriche differenti, sebbene unificate dall'intento di contrastare le tendenze ingiustificatamente repressive della giurisprudenza. Tutt'al più, l'autoresponsabilità della vittima può rappresentare un monito per l'interprete, affinché non si lasci travolgere da infondate istanze punitive, ma difficilmente potrebbe risolvere i problemi applicativi. Cominceremo dunque da questi.

2. Il rigore della giurisprudenza

Dopo un periodo di particolare indulgenza, che risale agli anni dello sviluppo tecnologico ed industriale, con riferimento al concorso della c.d. vittima, la giurisprudenza si è ispirata ad un rigore crescente. Almeno a partire dai primi anni Novanta, le pronunce raramente hanno attribuito rilievo alla condotta *contra se* della vittima, per escludere la responsabilità dell'autore.

* Testo, rivisto ed aggiornato, della relazione presentata al Convegno su *Diritto penale e autoresponsabilità: tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili* (Strafrecht und Eigenverantwortung: zwischen Paternalismus und Schutzwürdigkeit), Università di Innsbruck, 17 gennaio 2019.

In un passato ancora prossimo, il “luogo argomentativo” prediletto dalla giurisprudenza era la causalità, intesa nell’obsoleto senso antoliseiano. Tuttavia, la gran parte delle sentenze negava, peraltro in modo apodittico, che la condotta imprudente della vittima rappresentasse un fattore eccezionale ed imprevedibile, suscettibile di escludere la responsabilità del reo.

Eventuali e pochi cenni erano dedicati alla dimostrazione della colpa, sostanzialmente presunta, in ragione dell’asserita violazione di disposizioni dal vago afflato precauzionale, ma dal tenore estremamente generico: disposizioni di cui, cioè, non era possibile individuare un preciso spettro cautelare e che neppure indicavano le modalità di condotta da realizzare per evitare il danno.

Nessuno spazio concreto era, in definitiva, riconosciuto all’autoresponsabilità e tantomeno all’affidamento nell’altrui correttezza.

Uno sguardo al diritto vivente in tema di infortunistica stradale e lavorativa – i campi che avevamo eletto come oggetto di indagine¹ – dimostra che veramente poco è cambiato da allora.

Certo, molte sentenze approfondono oggi un impegno maggiore nella cura stilistica della giustificazione. In particolare, si sono diradati – ma non sono scomparsi – i richiami all’art. 41, comma 2, c.p. e alle cause sopravvenute da sole sufficienti ad interrompere il nesso causale (peraltro, come già ricordato, pressoché mai integrate dalla condotta colposa della vittima). Ciò è avvenuto, con ogni probabilità, per effetto della piccola rivoluzione teorica indotta dalla penetrazione, quantomeno linguistica, del paradigma causale della sentenza SS.UU. Franzese del 2002 che, come noto, insistette sulla necessità di attribuire rilievo alla probabilità logica, piuttosto che alla probabilità statistica, nell’accertamento del nesso causale, confermandone però lo schema logico di *conditio sine qua non*.

Senza dubbio, oggi il fondamento teorico dell’autoresponsabilità è più spesso individuato nella colpa, *sub specie* di prevedibilità dell’evento o di concretizzazione del rischio e, talvolta, nella teorica del rischio (vd. *infra*).

Nella sostanza, però, la giurisprudenza giunge lo stesso, nella massima parte dei casi, a esiti di condanna, continuando a eludere i principi costituzionali e, in particolare, la personalità della responsabilità penale: quasi sempre nell’accezione della colpevolezza; molte volte (ciò succede ad esempio in tema di infortunistica lavorativa) anche in quella di divieto di responsabilità per fatto altrui.

1 DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Giappichelli, 2003.

Anche gli espedienti teorici usati per giungere a questo scopo sono rimasti tutto sommato gli stessi, e non si sono particolarmente affinati nel tempo.

Quanto all'infortunistica stradale, le pronunce tributano non di rado omaggio al principio di affidamento, ma solo formalmente. Lo rinnegano infatti subito dopo, teorizzandone un limite nella necessità di prevedere l'altrui comportamento imprudente². Come dire: ci si deve aspettare che gli altri rispettino le regole ... avendo però sempre presente che non le rispetteranno! Inutile evidenziare la contraddittorietà di tale argomentazione.

Con riferimento poi alla *sub-casistica* dei pedoni, il *Leitmotiv* è sostanzialmente invariato: essendo il pedone per definizione mobile, si reputa possibile prevedere l'eventualità che si sposti, attraversi repentinamente la carreggiata, e che ciò faccia anche fuori delle strisce pedonali, in strade trafficate, al buio e, in genere, in contesti sfavorevoli (anche a sé) sul piano della visibilità. Poi, a ritroso, sulle caratteristiche dell'evento concreto viene ricostruito il contenuto della camaleontica regola cautelare.

Per fare l'esempio più banale e ricorrente, se l'automobilista transitava, poniamo, a 30 km/h e nel processo si accerta che avrebbe potuto arrestare la vettura in modo sicuro (evitando di investire il pedone che repentinamente e sconsideratamente ha attraversato la strada davanti a lui) guidando a 20 km/h, allora quest'ultima diventa la velocità che avrebbe dovuto osservare. Un paradigmatico caso di *hindsight bias*.

L'esempio invece più inquietante è quello del pedone che aveva attraversato la strada di notte, con la pioggia, scarsa illuminazione e fuori dalle strisce pedonali, riportando lesioni *ex art.* 590 c.p. All'automobilista, il quale stava procedendo 40 km orari (velocità forse sostenuta, in rapporto alle condizioni di luogo e di tempo), ma che aveva prontamente moderato la velocità, si imputa di non aver piuttosto *arrestato* il veicolo, nonostante si trovasse subito dopo una curva e in prossimità di un incrocio (come si desume dal fatto che ci fosse un semaforo, lampeggiante). E ciò, sulla base di

2 «Va ricordato, infatti, che il principio dell'affidamento, in tema di circolazione stradale, trova un temperamento, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte di legittimità, nell'opposto principio secondo il quale l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui purché questo rientri nel limite della prevedibilità». Tra le altre, Cass., IV, 27 aprile 2017 (dep. 23 maggio 2017) n. 25552, in *Ilpenalista.it*, 30 giugno 2017 con nota di PAVICH, *Il problema della prevedibilità della condotta altrui. Un caso di investimento con decesso di donna incinta*.

quella che i giudici, in modo alquanto opinabile, reputano «un'elementare regola di prudenza» nella circolazione stradale³.

Il raggio della prevedibilità (intesa come possibilità materiale, naturalistica, di prevedere) è così ampio, poi, che può dirsi fortunato l'automobilista al quale la Corte di Cassazione ha annullato la condanna per interruzione colposa della gravidanza (confermando quella per omicidio colposo), condanna fondata dal giudice di merito sulla congettura che fosse «del tutto probabile, che una donna in età giovanile che attraversi la strada possa essere incinta». Nonostante l'inconsistenza dell'argomento, gli ermellini si sono sentiti in dovere di precisare che il reato sarebbe stato configurabile per converso «ad esempio, se l'incidente fosse avvenuto nelle immediate adiacenze di un ospedale o di una clinica o di uno *store* che vendesse prodotti per la prima infanzia»!⁴

Ovviamente, non mancano pronunce di segno contrario, peraltro neppure ispirate a commovente generosità.

Così, la Cassazione ha annullato la sentenza che condannava per il reato di lesioni un tassista, accusato di non essersi assicurato di «effettuare la manovra senza pericolo o intralcio alla circolazione» e «di non aver fatto tutto il possibile per evitare il sinistro», nonostante avesse segnalato tempestivamente l'intenzione di svoltare a sinistra. La pronuncia di merito non aveva

3 Cass., IV, ud. 16 aprile 2008; dep., 19 maggio 2008, n. 20027 in *Dejure*

Nella stessa pronuncia, richiamando un precedente del 1990 (cfr. Cass., IV, 9 novembre 1990, dep. 21 dicembre 1990, Pascali, RV 186076), si aggiunge che «affinché in caso di investimento sia affermata la colpa esclusiva del pedone, deve realizzarsi una duplice condizione:

- che il conducente del veicolo investitore si sia venuto a trovare, per motivi estranei ad ogni suo obbligo di diligenza e prudenza, nell'oggettiva impossibilità di avvistare il pedone e di osservarne tempestivamente i movimenti, attuati invece in modo rapido e inatteso (e così non è stato nel caso in esame, come sopra si è detto);
- che, nel comportamento del conducente, non sia riscontrabile alcuna infrazione alle norme della circolazione stradale ed a quelle di comune prudenza (ed anche questa condizione "negativa" non si è verificata nel caso di specie, avendo l'imputato violato il D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 141).

Condizioni ovviamente irrealizzabili considerato che: 1) i pedoni non piovono dal cielo (e che comunque, quando così fosse, secondo la giurisprudenza l'automobilista dovrebbe comunque darci un'occhiata); 2) l'art. 141 C.d.S. esemplifica alla perfezione il tipo di norma vagamente cautelare, dall'imprecisato spettro cautelare e, soprattutto, affatto a-modale, insuscettibile di incardinare la colpa, a cui si accennava in precedenza nel testo.

4 Cass. IV, 27 aprile 2017; dep. 23 maggio 2017, n. 25552, cit.

attribuito alcun rilievo alla circostanza che la vittima, un motociclista, non avesse mantenuto la destra e procedesse a velocità sostenuta⁵.

Nel complesso, però, sembra che la giurisprudenza continui a confidare straordinariamente nelle capacità cognitive e nelle abilità fisiche degli automobilisti, attribuendo al conducente poteri magici, da super-eroi, cui fa ovviamente *pendant* la sistematica sottovalutazione delle attitudini fisiche e psichiche dei pedoni.

La situazione non cambia molto volgendo lo sguardo all'infortunistica lavorativa.

Anche qui capita, di tanto in tanto, di imbattersi in sentenze di assoluzione.

Per esempio, è stato assolto il datore di lavoro in un caso in cui un elettricista manutentore, incidentalmente esperto in sicurezza, si era recato su incarico della propria azienda presso un capannone per montare dei farettili. Dopo essere salito a mezzo di un elevatore oleodinamico sul tetto, l'operaio aveva camminato sulle lastre di fibrocemento tra un cordolo di cemento e l'altro, lastre che erano cedute, provocando la caduta dell'operaio da 6/7 metri di altezza e conseguenti gravi lesioni. Dalle risultanze processuali era emerso che il datore di lavoro aveva concordato con l'operaio che tutte le operazioni fossero svolte per il tramite dell'elevatore e che la decisione di salire sul tetto era stata del solo operaio. La Cassazione non ha ravvisato alcun profilo di colpa nel comportamento del datore, argomentando anche dall'avvenuta trasformazione del modello di normativa antinfortunistica da «iperprotettivo», qual era, in «collaborativo» e concludendo che il datore di lavoro «non ha più un obbligo di vigilanza assoluta rispetto al lavoratore», ma soltanto quello di fornirgli «tutti i mezzi idonei per la prevenzione», sicché «non risponderà dell'evento derivante da una condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore»⁶.

Le pronunce che attribuiscono rilievo alla condotta autolesionista della vittima, pur esprimendo concetti condivisibili, prima ancora che sul piano giuridico, su quello del senso comune, rilucono però in un panorama giu-

5 Cass. IV, 7 dicembre 2016 (dep. 10 marzo 2017), n. 11705 in *Diritto & Giustizia*, 13 marzo 2017. La sentenza è pubblicata anche in *Dir. pen. Proc.* 2017, pp. 1450 ss., e annotata da PISTILLI, *Il concorso di colpe nella circolazione stradale: alcuni punti fermi attendendo la giurisprudenza al varco della nuova attenuante*. Vd. inoltre Cass., IV, 29 marzo 2018 (dep. 6 settembre 2018), Lenarduzzi, n. 40050, rv. 273871; Cass. IV, 29 novembre 2017 (dep. 19 gennaio 2018), n. 2342, Mester Codruta, rv. 271759.

6 Cass. IV, 10 febbraio 2016; dep. 3 marzo 2016, n. 8883 in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, p. 817 con nota di PELUSI, *La condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore infortunato esclude la responsabilità penale del datore: un superamento del criterio dell'abnormità?*

risprudenziale per contro dominato da aspettative sovradeterminate nei confronti del detentore di una posizione di garanzia.

Costui è generalmente chiamato a tutelare chicchessia, e quindi non soltanto i dipendenti o i soggetti a questo equiparati, ma anche persone estranee.

Si pensi, per tutte, alla condanna del datore di lavoro in un caso in cui un minore, entrato illecitamente e di sera, insieme ad altri, in un cantiere edile attraverso un varco (peraltro di dubbia agibilità), formatosi (da solo?) tra la recinzione del cantiere stesso e il muro di cinta di un contiguo condominio, era salito sul solaio di copertura del garage interrato e dal tetto era precipitato attraverso un lucernaio aperto, riportando un trauma letale (torneremo più volte su questo caso)⁷.

Il datore di lavoro è inoltre chiamato a rispondere per qualunque danno alla salute, anche del tutto diverso da quello che le disposizioni violate miravano ad impedire, ed eventualmente auto-procuratosi da chi lo ha poi subito contravvenendo alle istruzioni impartite, ad elementari regole di diligenza o addirittura a specifiche disposizioni di legge.

La descrizione in chiave generale (generalista) ed astratta dell'evento è, tra gli *escamotage* usati dalla giurisprudenza per vanificare le proprie affermazioni di principio, quello più frequente e più approfonditamente indagato⁸.

Di conseguenza, non vi ci soffermeremo, se non per notare come, nella nostra materia, tale *escamotage* consente di sussumere pacificamente nello spettro cautelare della norma anche gli eventi avversi che la vittima procura a se stessa volontariamente o per "colpa" (in senso ovviamente atecnico).

Oggetto di strali sono poi, in generale, i concetti di prevedibilità e di agente modello⁹: concetti che si sono prestati ad ogni genere di manipolazione ad opera della giurisprudenza la quale, impossessatasi della (sola) terminologia dottrinale, l'ha (però) piegata a scopi repressivi ritenendo: per un verso, che tutto, qualunque evento avverso, è prevedibile, e che è dunque sempre prevedibile la distrazione, inesperienza, negligenza ... ed addirittura il volontario autolesionismo della vittima; per altro verso, che l'a-

7 Cass. IV, 17 giugno 2014, dep., 15 ottobre 2014, n. 43168 in *Diritto & Giustizia*, 2014, pp. 26 ss. con nota di PIRAS, *Il ragazzino curioso muore in un cantiere: quali obblighi per il responsabile della sicurezza?*

8 Da ultimo, ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, pp. 313 ss.

9 Così MICHELETTI. Per restare al tema che qui interessa, vd. ID., *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia*, 2014, pp. 338 ss.

gente modello abbia poteri pre-cognitivi, come tali inarrivabili dall'uomo in carne ed ossa.

3. La critica della dottrina e le sue proposte interpretative

Ora, che si sia consolidata una giurisprudenza eversiva delle più palmari esigenze costituzionali è indiscutibile. Così come, volendo *zumare* sulla sola personalità della responsabilità penale, è indubbio che molte sentenze non prendono in considerazione il principio di colpevolezza, e che alcune non si fanno nemmeno problemi a calpestare il divieto di responsabilità per fatto altrui (ciò accade, ad esempio, spesso in materia di infortunistica lavorativa).

Compatta è pure la denuncia di questo consolidato *trend* da parte della dottrina italiana.

Diversificate appaiono invece le risposte al rigore della giurisprudenza. Le repliche vanno da un più a un meno, e sarebbe inutile negare che tale graduazione sottende la maggiore o minore fiducia che i loro proponenti nutrono nella capacità di autodeterminazione dell'individuo, assunta quale principio di realtà, prim'ancora che giuridico.

Così, all'apice si collocano le tesi che contrappongono in maniera frontale alla giurisprudenza un asserito *principio* di autoresponsabilità della vittima ed un correlato principio di affidamento da parte di ciascuno nella correttezza dell'altrui operato. L'autoresponsabilità dovrebbe percorrere la stessa tipicità delle condotte dei terzi, sancendone l'irrelevanza penale sia nei casi di autoesposizione al rischio (*eigenverantwortliche Selbstgefährdung*), sia nei casi di consenso al rischio creato da altri (*einverständliche Fremdgefährdung*) (situazioni pure inizialmente distinte). In tale accezione¹⁰, il principio in oggetto discende e rappresenta l'immediata contropartita dell'autodeterminazione individuale e prende espressamente di mira le perniciose inclinazioni paternalistiche e moraleggianti del diritto penale.

Con lo stesso dichiarato scopo, altra dottrina ha "operato" sulla categoria del consenso, che ha definitivamente traslocato all'interno della tipicità del fatto e di cui ha ampliato i confini (rispetto al passato), facendo leva

10 ... autorevolmente teorizzata da SCHÜNEMANN, *Über die objektive Zurechnung*, GA, 1999, 207 ss. e di recente rilanciata da HELFER, *L'autoresponsabilità della vittima e il diritto penale. Riflessioni per un diritto penale neoilluminato*, in Cocco (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Wolters Kluwer Cedam, 2016, pp. 92 ss.

sulla soggettivizzazione del bene giuridico, per effetto di un mutato contesto distale (assiologico) che ovviamente si riflette anche sul diritto penale¹¹.

“A scalare”, altri ancora, recependo le suggestioni di autorevole dottrina tedesca, ha sviluppato l’idea che ogni protagonista si muova sul proscenio penale all’interno di una sua area di competenza, relazionalmente definibile, al cui interno soltanto si dovrebbe incardinare la tipicità penale. Superata la distinzione, ritenuta di mero comodo e obsoleta, tra oggettivo e soggettivo, si ritiene che preliminarmente alla verifica della tipicità (comunque, tendenzialmente) colposa del reato sarebbe quindi un’indagine orientata sul singolo e sul “ruolo” da questi svolto. Tale ruolo non si estenderebbe indiscriminatamente alla tutela dei rischi cui i terzi si espongono, se non nei casi in cui – con una formula di sintesi – l’individuo sia gravato di una posizione di garanzia ricostruibile sulla base di specifici indizi legislativi¹².

L’impostazione in oggetto, che nella sostanza proietta la posizione di garanzia anche sui reati di azione, ha avuto eco in una giurisprudenza italiana (a partire dal precedente c.d. Lovison)¹³.

In una prospettiva assimilabile, di recente, quantomeno con riferimento alle ipotesi di autoesposizione al pericolo da parte della c.d. (impropriamente) vittima, si è ipotizzata una radicale mancanza di tipicità del fatto di reato, anche qui sulla base dell’assunto che “fatto proprio” si dia solo in presenza quantomeno di colpa e che la “tipicità imputativa” non sussista se compete alla c.d. vittima evitare l’evento (il sostenitore di questa tesi parla anche, in alcuni passaggi, di una “offensività relazionale”). Viceversa, nel caso di consenso all’altrui creazione di un pericolo, il dominio dell’azione resterebbe in capo al soggetto agente e, con esso, anche la responsabilità penale¹⁴.

Infine – in una direzione più “tradizionale” -, si è tentato di lavorare sulla colpa, sempre in base al presupposto che questa riempia la tipicità del reato, valorizzandone la dimensione normativa a scapito di quella, (para-)psicologica, prediletta invece dalla giurisprudenza. In questa prospettiva,

11 TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bonomia University Press, 2008.

12 CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2004.

13 Cass., IV, 21 dicembre 2012 (dep. 15 ottobre 2014), Lovison, n. 49821, in *Foro it.*, 2013, pt. II, cc. 350 ss., con nota di FIANDACA, *Omicidio e lesioni personali colpose, infortunio sul lavoro, responsabile del servizio di prevenzione e protezione*, richiamata in successive pronunce, tra cui Cass. IV, 17 giugno 2014 (dep. 15 ottobre 2014), n. 43168, C.A., N., già citata e che useremo nel testo come “cartina di tornasole”.

14 CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Giappichelli, 2017.

oltre a richiamarsi l'attenzione sulla competenza della c.d. vittima, generalmente si evidenzia come una più corretta ricostruzione della finalità cautelare della regola violata consentirebbe un giudizio, finalmente selettivo, sulla concretizzazione del rischio. Permetterebbe infatti di individuare i casi in cui la disposizione cautelare miri a prevenire eventi diversi da quello inверatosi (che dunque dovrebbe rimanere penalisticamente irrilevante), senza peraltro precludere concettualmente la possibilità che alcune specifiche cautele scritte siano previste – cosa che può ben accadere, per esempio, in tema infortunistica lavorativa – per tutelare il terzo da se stesso, dalla sua stanchezza o dalla sua imprudenza (in senso atecnico). In questo quadro inseriremmo anche la nostra posizione, la cui cifra consisteva forse, come diremo, nel suggerire alcune precisazioni per il caso mancasse una regola scritta su cui fondare il giudizio sulla colpa c.d. specifica.

Così rappresentato, in modo sintetico, lo stato della dottrina, le diverse posizioni dottrinali appaiono comunque tutte percorse dall'intento di restituire all'agente (che soggetto attivo nemmeno dovrebbe essere considerato) quegli spazi di libertà che la giurisprudenza gli nega, ispirata, com'è, da ragioni nemmeno più generalpreventive, bensì smaccatamente compensative.

Una ricerca abbastanza recente ha fatto plasticamente emergere il ribaltamento del canone di sussidiarietà del diritto penale nel settore dell'infortunistica lavorativa. Secondo tale indagine, la giurisprudenza penale avrebbe raggiunto livelli di rigore sconosciuti al diritto civile, dove pure alberga da sempre l'imputazione a titolo di responsabilità oggettiva la cui frequentazione – è anzi ipotizzato – avrebbe spinto i giudici civili ad affinare criteri di responsabilità colposa più stringenti di quelli penalistici. L'obbligo di assicurazione che peraltro, più propriamente, rappresenta una forma di sostegno sociale, avrebbe stemperato il problema della compensazione economica per il danno subito dal lavoratore, consentendo a questo un ristoro anche nel caso in cui egli si sia auto-procurato il danno colposamente (l'indennizzo del lavoratore infortunato è escluso nei soli casi di dolo o colpa grave). Nessun indennizzo compete al prestatore d'opera nel solo caso di rischio elettivo, e cioè quando il danno è affatto avulso dall'obbligo lavorativo e scaturisce da una scelta volontaria dello stesso prestatore d'opera, volta a soddisfare esigenze personali. Sempre secondo questa ricerca, la giurisprudenza civile tenderebbe peraltro a ritenere la sussistenza di un danno elettivo (con l'effetto di negare risarcimento o indennizzo al lavoratore) anche in situazioni che a rigore appaiono caratterizzate da colpa grave del lavoratore. Un vero e proprio paradosso, dunque, rispetto a quanto accade in materia penale, dove la ricostruzione della responsabilità è invece schiacciata sulle esigenze di ristoro del lavoratore che abbia subito un danno,

quand'anche questo dipenda da sua colpa esclusiva e sia affatto esorbitante rispetto al rischio lavorativo¹⁵.

Una volta fotografata – e stigmatizzata – la situazione spirituale della giurisprudenza penale italiana, accenneremo di seguito alle ragioni per cui, se ne valesse la pena, difenderemmo ancora oggi le posizioni a nostro tempo assunte.

4. *Discussione delle principali tesi dottrinali: autoresponsabilità e principi*

Muovendo dall'auto-responsabilità come “principio”, anche a prescindere dalla tormentata definizione del concetto di “principio”, essa sembra proporsi come categoria *passepourtout*, dalla portata taumaturgica. Tuttavia, non rende ragione di situazioni diverse da quelle, piuttosto semplici, che segnarono l'inizio del dibattito, esemplificabili dal *Memelfall*, e cioè dal caso del barcaiolo che accettò di traghettare sull'opposta sponda del fiume *Memel*, nonostante le avverse condizioni metereologiche, due viaggiatori i quali, a causa del capovolgimento dell'imbarcazione, affogarono. Oggi, invece, i casi da decidere chiamano in ballo delicate questioni di allocazione del rischio, e quindi della responsabilità, in ambiti – come quelli segnati da un alto tasso di tecnologizzazione – marchiati dalla specializzazione e frammentazione di competenze destinate ad intersecarsi tra loro secondo schemi reticolari non sempre agevolmente dipanabili.

Specularmente, non dando conto della straordinaria varietà e della natura chiaroscurale delle situazioni reali, l'autoresponsabilità come principio assumerebbe una configurazione *monolitica*, vale a dire, oggettiva e statica, laddove appare senz'altro preferibile fare uso di categorie concettuali dinamiche e relazionali (su questo profilo torneremo).

Ancora, essa sembra *prescindere dalle indicazioni di diritto positivo* ed anzi volerle, in alcune declinazioni dottrinali, sopravanzare. In tal modo contravverrebbe però, se non alla riserva di legge (principio nel quale non riponiamo più grandi aspettative e che comunque sarebbe derogato *in bonam partem*), quantomeno all'esigenza, (questa) inderogabile, di assicurare il controllo *ex post* della motivazione giudiziaria. Si auto-esporrebbe cioè al rischio di un'inemendabile manipolazione interpretativa.

15 MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva* cit., pp. 329 ss. In tema, vd. altresì ROIATI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, in *Cass. Pen.* 2008, pp. 2867 ss.

A monte, il “principio” di autoresponsabilità trae la sua giustificazione (e una pretesa di evidenza) da un presupposto invero difficilmente verificabile, che è il c.d. principio di autodeterminazione il cui fondamento empirico costituisce sempre più frequentemente oggetto di analisi critica da parte delle c.d. scienze cognitive. Si tratta di un profilo delicato, su cui vale la pena di spendere qualche precisazione.

Premesso che la posizione scientifica probabilmente più corrispondente al vero sulla c.d. agentività è quella che (non nega *tout court*, ma sicuramente) ridimensiona il *quantum* di libertà individuale che tendiamo ad assegnarci in modo confabulatorio¹⁶, e premesso altresì che tali acquisizioni producono immediati riflessi sul profilo (speculare) della responsabilità, tale ultima osservazione offre il destro per qualche precisazione.

Una volta intaccato il dogma dell'autodeterminazione individuale nella sua assolutezza, alla contrapposizione tra liberalismo e paternalismo andrebbe forse più cautamente sostituita quella tra liberalismo e paternalismo “forte” o “cieco”, al fine di evidenziare come anche all'interno di concezioni dichiaratamente liberali sia ormai filtrata una maggior attenzione, per esempio, ai profili dei doveri¹⁷ ovvero ad istanze di tutela dei soggetti più deboli¹⁸.

Detto in modo esplicito, e rinviando per altre considerazioni problematiche alle conclusioni, la massima dell'*imputet sibi*, ove generalizzata in forma di “principio” suonerebbe alle nostre orecchie drastica e brutale, perché tace che nel mezzo, tra chi (si suppone sia) capace di perfettamente provvedere a se stesso e chi è totalmente incapace di farlo, si colloca una messe di persone meno o non del tutto capaci o che comunque dispongono di opportunità minori e di minori abilità. Realtà che ben potrebbe legittimare posizioni ispirate ad un *soft paternalism*¹⁹.

16 Per tutti, DENNETT, *From Bacteria to Bach and Back. The Evolution of Minds*, 2017; trad. it., *Dai batteri a Bach. Come evolve la mente*, Cortina, 2018.

17 Così, per esempio, nell'ultima fase di pensiero di DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, 2011; trad. it., *Giustizia per ricci*, Feltrinelli, 2013.

18 THALER RICHARD, SUNSTEIN CASS, NUDGE. *Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008; trad. it., *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli, 2009.

19 D'altro canto, nemmeno quelli che oggi sono ritenuti i padri spirituali del liberalismo penale, e cioè J. Stuart Mill e Joel Feinberg, assunsero posizioni estreme sul punto. Sul pensiero di quest'ultimo, per tutti, CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in FIANDACA, FRANCOLINI, *Sulla legittimazione del diritto penale*, Giappichelli, 2008, pp. 93 ss.

La seconda precisazione, collegata, è che il diritto penale va senza dubbio preservato dalle contaminazioni del moralismo. Tuttavia, come sta progressivamente emergendo soprattutto in alcuni ambiti (si pensi al biodiritto), è difficile negare che il diritto penale abbia un debito con la morale, ovviamente a patto di intendere quest'ultima in un'accezione tecnico-filosofica. Dalla morale, come insieme prescrittivo di valori, il diritto penale ripete il suo fondamento teorico e dunque anche la sua giustificazione in termini di consenso sociale, pena il rischio di incentivare la riviviscenza – in forme ovviamente trasfigurate – delle deprecate impostazioni metodologiche dell'inizio del secolo scorso. E, sebbene il paniere filosofico rigurgiti le più diverse concezioni di morale (al punto da indurci a ritenere che il relativismo etico, e non la presunta avalutatività del diritto penale, sia il vero problema), resta il fatto che, qualunque sia la “morale prescelta” come base di riferimento, non ce ne è una – nemmeno quella utilitarista – che tralasci di argomentare a favore della solidarietà (questo, per tacere delle plurime e chiare indicazioni contenute in tal senso nella Costituzione).

Se dunque è vero che tutti i principi (qualunque cosa essi siano) si caratterizzano per la loro eccedenza assiologica e se è vero che i valori sono “tirannici”, ebbene il c.d. principio di autoreponsabilità, ove pretenda di vincere su tutti gli altri, rivelerebbe un volto particolarmente dispotico. Viceversa, nel caso in cui si arrenda al suo destino, che è quello del bilanciamento con altri principi concorrenti, si esporrebbe al rischio di facile soccombenza.

Similmente, attribuire all'autodeterminazione rilevanza attraverso la figura sperimentata (?) del consenso equivale a soggettivizzare la tutela penale²⁰. Tale operazione non ridonderebbe soltanto – come spesso si osserva, forse con troppa enfasi – a scapito dei profili pubblicistici della stessa, profili vissuti con crescente insofferenza dalla dottrina e ormai considerati non più consustanziali alla branca penale (al cui interno è indubbiamente fiorito il rilievo della vittima). Finirebbe piuttosto con l'identificare “hobbesianamente” lo Stato nel mero “apparato”, oscurandone il profilo della “comunità” che, a nostro sommessso avviso, andrebbe ancora difeso, per le ragioni in precedenza accennate, seppur con ogni cautela atta ad evitarne derive demagogico-populiste.

Ovviamente queste considerazioni valgono prevalentemente in rapporto al dibattito sul fine-vita e lì sono d'altronde parzialmente penetrate soprat-

20 In realtà, non è pacifico che il consenso abbia natura ed ambiti operativi definiti. Sul rischio quindi che l'autoreponsabilità ripeta dal consenso i suoi problemi interpretativi, vd. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet* cit., pp. 115 ss.

tutto grazie alla Corte costituzionale, che si è fatta carico delle accennate esigenze solidaristiche²¹.

Le perplessità poc'anzi espresse in ordine alla demonizzazione del paternalismo, anche moderato, e alla supposta incomunicabilità tra diritto penale e morale rimarranno invece abbastanza silenti nell'argomentazione successiva, in cui continueremo a confrontarsi con alcuni ambiti di responsabilità colposa relativamente poco problematici.

Ciò nondimeno, inficiano la portata di un principio che si vorrebbe generale, sicché abbiamo ritenuto fosse doveroso esporle.

D'altronde, ci pare che talvolta, sulla configurazione in chiave di "principio" prenda il sopravvento un'altra accezione dell'autoresponsabilità che, a rigore, sembra piuttosto declassare l'autoresponsabilità a canone interpretativo discendente da una massima di esperienza²².

Su tale fisionomia dell'autoresponsabilità per noi sarebbe più facile concordare, ribadendo tuttavia che, al pari di qualunque altra massima di esperienza, essa non può dotarsi di fondamento scientifico (anzi, sembra contraddetta dalla scienza, come invero già dalla tradizione di pensiero psicoanalitico,) e che quindi può essere superata da evidenze contrarie, quantomeno nei singoli casi concreti. Vero è dunque che potrebbe guidare la ricostruzione della tipicità dei fatti secondo l'*id quod plerumque accidit*. Anche allora resterebbe però da stabilire attraverso *quali* passaggi logici ciò debba accadere, se si vuole imprimere a tale massima una forza logica e operativa che altrimenti, alla luce della (in-)sensibilità dominante nel contesto giurisprudenziale attuale, essa non avrebbe.

Veniamo così al dunque.

5. *Segue: autoresponsabilità e "competenze"*

Le tesi che fanno leva sull'autoresponsabilità come strumento concettuale per ritagliare, sul versante della tipicità, attiva o passiva che sia, un "ruolo" al soggetto attivo e alla c.d. vittima erano già emerse ed anzi probabilmente dominavano – se non altro per l'autorevolezza dei loro sostenitori – la

21 Rinviamo alle perspicue considerazioni di RONCO in *Autoresponsabilità e autodeterminazione. Relazione conclusiva* a questo Convegno. Sulla sent. Corte Cost. n. 242 del 2019, si rinvia alle posizioni espresse in DI GIOVANNI – DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, 2020.

22 Così, in alcuni passaggi di HELFER, *L'autoresponsabilità della vittima* cit.

dottrina tedesca, nei primi anni del Duemila, quando affrontavamo il tema a livello monografico.

Già allora era difficile sottrarsi al loro indiscutibile fascino, contenendo tali tesi un importante monito a favore di una ripartizione delle sfere giuridiche di responsabilità diversa e più equa di quella operata dalla giurisprudenza italiana (e prim'ancora, un richiamo a criteri di buon senso).

Tuttavia, avevamo – e continuiamo a nutrire – la sensazione che le impostazioni in oggetto possano anche produrre l'effetto opposto. Se fondate su un generico dovere di corretta gestione della propria sfera di volontà²³, a meno di fondarsi su un modello decisamente *esclusivo* (che cioè delimiti i ruoli del garante in un senso affatto restrittivo) prestano il fianco a facili manipolazioni. Sono infatti agevolmente invocabili per assecondare, piuttosto che per contrastare, la tendenza della giurisprudenza ad affermare una competenza “universale” (o quantomeno molto dilatabile) ad evitare qualsivoglia tipo di rischio in capo al soggetto attivo.

Tale rischio sembra inverarsi nella già citata sentenza che, ispirata alla teoria dei ruoli, riguardava il ragazzino introdottosi nel cantiere e poi caduto dal solaio dell'edificio²⁴. La pronuncia richiama espressamente il precedente Lovison, che ha aderito alla teorica su ruoli, competenze e poteri, ma poi precisa: «è all'area di rischio, volta a volta connotata, che deve guardarsi e non ad una aprioristica omnivalente alternativa rischio lavorativo/extralavorativo». Inoltre, «se vuole sfuggire ad una pericolosa genericità, foriera di arbitrarietà, la identificazione del preciso perimetro dell'area di rischio non può che essere condotta alla luce dell'analisi delle regole cautelari pertinenti al caso». Regole che peraltro, al momento del fatto, non erano scritte bensì – sempre a detta dei giudici – sociali.

Nel caso di specie, la conclusione (poco blindata) fu dunque che «in materia di prevenzione degli infortuni nei luoghi di lavoro, beneficiario della tutela è anche il terzo estraneo all'organizzazione dei lavori, sicchè dell'infortunio che sia occorso all'*extraneus* risponde il debitore di sicurezza».

Laddove invece tali impostazioni si appoggino a specifiche disposizioni legislative, rischiano un cortocircuito concettuale, poiché finiscono col definire i ruoli del soggetto attivo e del soggetto passivo ricorrendo a quelle disposizioni di natura cautelare che incardinano o supportano argomenta-

23 Sto citando quasi testualmente, CORNACCHIA, *Competenze ripartite: il contributo dei criteri normativi alla individuazione dei soggetti penalmente responsabili*, in *Ind. Pen.*, 2013, p. 259; passim in CORNACCHIA, *Concorso di colpe* cit.

24 Cass., IV, 17 giugno 2014 (dep. 15 ottobre 2014), n. 43168, C.A., N.

tivamente il giudizio sulla colpa, e si risolvono, dunque, in una mera anticipazione di quest'ultimo.

D'altronde, è proprio a partire dal concreto atteggiarsi della colpa che ci sembrano tante volte ritagliate, a ritroso, fisionomia e confini delle "competenze" in gioco, le quali peraltro, se così fosse, non sarebbero nemmeno più ... "presupposte".

L'*impasse* di cui si è detto emerge ancor più nitidamente nelle situazioni in cui l'autoresponsabilità, come principio o come elemento fondante l'area di competenza della c.d. vittima, secondo le tesi in oggetto, non può operare: situazioni tutte sostanzialmente ricondotte all'incapacità di quest'ultima. Al di là delle annose questioni relative all'accezione di tale incapacità (da presumere sulla base degli schemi legislativi, come ad esempio quelli sulla minore età civilistica?; da accertare in concreto sulla falsariga dell'imputabilità penale?), il limite appare incerto e manipolabile a livello interpretativo.

Il punto è sempre che i "ruoli", se non definiti positivamente con puntigliosa esattezza (ed è noto che, invece, il legislatore abbonda nell'uso di clausole vaghe), finiscono con il dipendere dalla selezione di pericoli reputati (talvolta intuitivamente) rilevanti: selezione a sua volta debitrice della diversa sensibilità (più o meno "liberale" o più o meno "comunitaria") di chi decide. Sicché, in definitiva, essi riproducono i problemi interpretativi cui danno adito le tesi sull'imputazione oggettiva, fondate sul tipo di rischio. E su quel versante, già in passato, non comprendevamo oltretutto come un criterio normativo, ascrivito della responsabilità potesse (dovesse) comunque operare, seppure sul solo piano oggettivo, quante volte il soggetto *non fosse a conoscenza né potesse conoscere* la situazione di minorata (se proprio si vuole) autoresponsabilità dell'altro²⁵. Può insomma incardinarsi un rimprovero in capo a chi sia del tutto inconsapevole del fatto che la persona che si auto-espone a rischio è incapace di provvedere a se stessa?

Per esemplificare le nostre perplessità, torniamo ancora al caso del bambino di 9 anni che era entrato abusivamente, di notte, in un cantiere e che, salito sul solaio del garage, era poi scivolato dal lucernaio cadendo al suolo e riportando la morte. In rapporto a questa situazione, in ragione della giovane età della vittima, è ovviamente condivisibile l'affermazione dei giudici per cui non può configurarsi una *volontaria* auto-esposizione a pericolo della vittima. Tale circostanza però reagisce sulla definizione della sfera di competenza del datore di lavoro (così come ritiene la Cassazione)? Si sarebbe tentati di negarlo: verrebbe cioè spontaneo replicare che un datore di

25 Per esempio, ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I, München, 1994, § 11/92.

lavoro non è tenuto a sopperire al *deficit* di attenzione da parte dei genitori di bambini ancora piccoli che abitano e giocano nel circondario. Ma possiamo esserne certi?

Premesso che, nel caso di specie, i ragazzini avevano approfittato di un varco – non si comprende quanto comodo né quanto “pre-esistente” – nella recinzione, in mancanza (come sembra) di una disciplina positiva su questo specifico punto, il datore di lavoro era tenuto o meno a predisporre e a vigilare sul mantenimento di uno stato dei luoghi tale da evitare (non soltanto indesiderati ingressi di malintenzionati), ma anche la possibilità che i bambini che giocano in quella zona si (auto-)esponessero a pericoli? Ognuno può avere la sua opinione, ma in casi siffatti resta difficile definire con esattezza quale sia l’area di “competenza” o di “dominio” del datore di lavoro, per poi valutare l’eventuale eccentricità del rischio.

Nel rispondere alla domanda, propenderemmo allora, piuttosto, per un cauto “dipende”, anticipando che il luogo che consente di meglio sciogliere la riserva resta – a nostro avviso – la colpa, da intendere tuttavia in un’accezione diversa da quella giurisprudenziale. Procediamo però per gradi.

6. La nostra (più tradizionale) posizione

Per ovviare alle incertezze riferite, tentavamo allora di dare al ragionamento consistenza “analitica”, inquadrando il tema del contributo colposo della vittima all’interno degli schemi tradizionali della dogmatica italiana (che poi erano gli unici conosciuti dalla giurisprudenza).

Lo scopo era verificare se e come la condotta autolesiva della vittima potesse reagire sulle categorie del reato: muovendo ovviamente dalla causalità dove peraltro, a quei tempi, la giurisprudenza italiana collocava saldamente il tema, in base agli opinabili stilemi antoliseiani (ricorreva, a mo’ di clausola rituale, l’affermazione per cui la condotta della vittima *non* rappresentasse un evento eccezionale ed imprevedibile, come tale suscettibile di escludere il nesso causale). La causalità, approfondita nelle sue ascendenze epistemologiche, non si rivelava peraltro il luogo adatto a contenere e definire l’area della responsabilità penale nei settori – infortunistica stradale e infortunistica lavorativa – eletti come oggetto dell’indagine.

Cogliamo l’occasione per una precisazione, incidentale ma a nostro avviso importante. Contrariamente a quel che si trova talvolta affermato, pensiamo che la causalità penale non sia una categoria obsoleta né inutile *in generale*. Piuttosto, essa svela la sua capacità selettiva soltanto nei casi in cui si dimostra problematica sul piano probatorio, vale a dire negli ambiti fattuali maggiormente debitori di indagini di carattere scientifico (che pe-

raltro, rispetto agli esordi della riflessione sul tema, sono molto aumentati). Premesso che la causalità è – secondo l'insegnamento formalmente seguito dalla giurisprudenza italiana a partire dalla sentenza Franzese del 2002 – *conditio sine qua non* quanto a schema logico e che tuttavia l'indagine sull'elevata probabilità logica dell'evento (realizzabile preferibilmente attraverso un'analisi differenziale, detta pure "esclusione di cause alternative") suppone, a livello probatorio, la previa ricognizione di (anche basse) regolarità statistiche delle diverse ipotesi in campo, è possibile prescindere dall'indagine causale nelle ipotesi di concorrente condotta negligente della c.d. vittima in materia di infortunistica stradale e lavorativa, perché qui le conoscenze in ballo sono così lineari, elementari e poco discutibili (appartengono alla cultura generale e sono solitamente circoscritte a principi essenziali della fisica meccanica), da poter restare inesprese e come tali sullo sfondo dell'argomentazione giuridica.

Sfideremmo invece chiunque a "saltare" la verifica di questo momento del reato nei casi di auto-esposizione della (c.d.) vittima al rischio di malattie professionali oppure in ambito sanitario, soprattutto se segnato da *web of causation* o – in genere – in ogni caso in cui sia difficile provare quale soggetto abbia materialmente provocato l'evento a causa del basso grado di predittività di questo. Sebbene – questo è indiscutibile – la causalità non si mostri ancora sufficiente a integrare il giudizio sulla personalità della responsabilità penale, l'indagine sulla sua sussistenza si rivela, in questi casi, strumentale alla ricostruzione del fatto e dell'evento. Viene quindi prima, e non dopo, ogni indagine su ruoli, competenze, rischi ecc.

Ritenuto poi, dal nostro modesto punto di vista, che la categoria dell'imputazione oggettiva non fosse risolutiva (oltretutto, nel panorama italiano, ci sembra che la sua difesa sia rimasta circoscritta ad alcune, seppur molto autorevoli, posizioni della dottrina e che non abbia permeato la giurisprudenza), concentrammo l'attenzione sulla colpa, dove era già stata trovata una convincente collocazione teorica per l'affidamento²⁶.

Né si trattava di una ricostruzione di comodo, motivata cioè dal pedissequo rispetto di una tradizione rassicurante.

Ci sembrava (e, salvo quanto osserveremo nella parte conclusiva, ci sembra tuttora) che la colpa, valutata secondo canoni diversi da quelli opportunisticamente seguiti dalla giurisprudenza italiana, proponesse un'adeguata e più perspicua valorizzazione degli indiscussi profili relazionali e dinamici della tipicità. E ritenevamo che, così facendo, offrisse al giudicante un metro prezioso per operare distinguo ed esprimere giudizi più netti rispetto

26 MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Giuffrè, 1997.

alle concezioni antagoniste, caratterizzate da un (più) alto tasso di penetralità ideologica.

Pensavamo cioè “bastasse” (pur con tutte le difficoltà dell’indagine) ricostruire nel modo quanto più preciso lo spettro cautelare della regola di diligenza di cui l’evento avrebbe dovuto rappresentare la concretizzazione, nel caso di c.d. colpa specifica, e circoscrivere il concetto penalistico di prevedibilità nei termini che indicheremo di seguito, nel caso di c.d. colpa generica.

Quanto alla prima (colpa specifica), occorre ribadire che l’operazione non può mai prescindere da un certo grado di discrezionalità interpretativa (raramente il legislatore precisa qual è la finalità che lo anima; quando ciò accade, è poi dubbio che possa condizionare l’interpretazione del dato positivo). Peraltro, preso atto della graduale, crescente positivizzazione degli obblighi di cautela in tutti gli ambiti di attività pericolose, una volta circoscritta l’indagine a disposizioni: scritte; dal contenuto preventivo; dallo spettro cautelare definito o agevolmente definibile; dal contenuto modale (che prescrivano cioè specifiche modalità di concotta), pensavamo che, volendo, si sarebbe potuto stabilire, di volta in volta, se la regola violata:

fosse tesa a tutelare chiunque possa subire un danno oppure soltanto alcune categorie di soggetti. Così, ad esempio, in ambito lavorativo sarebbe stato possibile distinguere a seconda che la cautela fosse indirizzata verso i soli dipendenti (e equiparati), oppure anche verso altre categorie di soggetti che comunque, per ragioni professionali, potessero essere esposti al rischio, oppure ancora verso tutti, e cioè anche verso chi, estraneo, fosse presente su luogo accidentalmente oppure addirittura abusivamente/illegalmente;

quale tipo di evento (*event token*) la disposizione intendesse prevenire;

Se non muovessero da situazioni tragiche, farebbero sorridere pronunce come quella – già stigmatizzata da una dottrina – secondo cui la disposizione che obbliga il datore di lavoro a predisporre servizi igienici all’interno dei cantieri non sarebbe finalizzata soltanto a consentire l’espletamento dei bisogni fisiologici dei lavoratori, e quindi a ragioni di igiene, bensì anche a prevenire rischi per la vita e l’incolumità di chi, anziché percorrere 100 metri per giungere il bagno di un capannone vicino, si animi di insano spirito di avventura, spostati – come nel caso di specie – un cancello di metallo pesante di 60 kg e si avventuri in un condotto per la raccolta di liquami, trovando qui la morte per anossia²⁷.

27 Cass. Pen., 17.5.2006, n. 4675, citata da MICHELETTI, *La responsabilità esclusiva* cit., p. 347.

mirasse o no a tutelare l'altra parte (ad esempio, ancora, il lavoratore) anche contro la propria negligenza o stanchezza (già all'epoca, in materia di infortunistica lavorativa si ravvisavano precisi indizi di un mutamento della sensibilità legislativa, desumibili dalla previsione di una serie di obblighi di "diligenza" in capo al lavoratore).

È chiaro che un'"onesta" ricostruzione dello scopo delle disposizioni violate nei singoli casi concreti consentirebbe di proporre risposte davvero calibrate sulla rimproverabilità delle condotte realizzate, prescindendo da automatismi e improprie generalizzazioni: evitando cioè di negare o, per converso, affermare aprioristicamente (comunque e sempre), rilievo alla materiale auto-esposizione a rischio della vittima.

Ove poi difettassero le condizioni per svolgere un'indagine sulla colpa specifica (perché la cautela scritta manca o ha una finalità indefinibile oppure non è modale ecc.) e il giudizio dovesse vertere tutto e solo sulla prevedibilità dell'evento (con annesso agente modello), piuttosto che archiviare tale concetto nel cestino dei concetti obsoleti e inservibili, cercavamo di emanciparlo dalla sua connotazione in chiave di possibilità materiale, naturalistica, di prevedere, alla cui luce, come ricordato, la intende la giurisprudenza.

Non c'è dubbio che nell'ancora attuale accezione (materiale e naturalistica, ripetiamo) la prevedibilità sia predicabile in ogni situazione, come in effetti accade nelle sentenze le quali persistono nell'ipotizzare un simulacro di colpa, tutta presunta, per vestire il mero nesso causale.

D'altronde, però, la prevedibilità come "possibilità di prevedere" si rivelerebbe nefasta anche nell'improbabile caso in cui i giudici decidessero per il futuro di assecondare le spinte teoriche che fanno leva sulla "riconoscibilità dello stato di pericolo" e davvero tentassero di "psicologizzare" la colpa. Verificando in concreto, come alcune scienze cognitive ritengono si possa già oggi fare, il *deficit* attentivo dell'agente e misurandone le reali attitudini ad evitarlo, si finirebbe infatti col muovere paradossalmente un rimprovero a titolo di colpa proprio e solo nei confronti delle persone più genericamente diligenti, meno superficiali (quindi inclini a rappresentarsi pericoli) o semplicemente ansiose.

Per queste ragioni, proponevamo di volgere la "possibilità di prevedere" (misura oggettiva della colpa) nella relativa "doverosità" e cioè in un concetto eminentemente normativo, insuscettibile di operare in presenza di eventi eccezionali, che cioè hanno basse possibilità statistiche di verificarsi (è qui che le leggi scientifiche statistiche, che stavano allora perdendo la posizione centrale per qualche tempo assunta in tema di causalità, ci sembravano meglio ricollocabili). Tra gli eventi eccezionali, ovviamente, sarebbero rientrate eventuali condotte autolesioniste (volontarie o meno) della

c.d. vittima che anzi – in una prospettiva squisitamente normativa – straordinarie appaiono per antonomasia.

Ovviamente, tale giudizio sarebbe potuto essere contraddetto, e vanificato, quando il concreto soggetto agente fosse stato a conoscenza di particolari circostanze che indiziassero l'inclinazione della c.d. vittima a realizzare comportamenti *contra se*, nel qual caso lo *standard* di cautela dell'agente avrebbe dovuto innalzarsi rispetto alle situazioni normotipiche (anche qui, coerentemente con i postulati della c.d. misura soggettiva della colpa).

In questo senso, la tipicità colposa avrebbe ben potuto esprimere quei profili relazionali nel cui variabile prisma le competenze di soggetto attivo e passivo trovano definizione e confini. Tale tipicità si sarebbe dunque – forse particolarmente – orientata in un senso dinamico ed interattivo, plasmandosi sulla specifica, concreta situazione di vita in giudizio.

In più, traducendosi in un parametro (almeno relativamente) più gestibile, ci sembrava che la soluzione illustrata avrebbe conseguito un maggior tasso di predittività, conformandosi più agevolmente alle istanze di tassatività del diritto penale.

Infine – anche questa era una nostra opinione – essa avrebbe probabilmente evitato le aporie interpretative in cui incorrono i surriferiti tentativi di escludere l'esenzione da responsabilità nel caso di vittima debole: soltanto la conoscenza o la concreta conoscibilità di tale situazione di debolezza, quali che ne fossero le cause, avrebbe potuto delimitare la colpa e, con essa, la tipicità del reato. E, a tal fine, proponevamo – in controtendenza rispetto all'orientamento generale – di collocare pur sempre nella tipicità il giudizio sulla misura soggettiva della colpa quante volte l'agente disponesse di conoscenze o capacità aggiuntive, lasciando nella *sedes* della colpevolezza le sole ipotesi di non esigibilità della condotta conforme al dovere.

Per tornare al caso del ragazzino di nove anni che si era introdotto in modo abusivo nel cantiere, piuttosto che tentare di ravvisare i confini del ruolo del datore di lavoro (come si è visto, inevitabilmente indefiniti e quindi variabili), ci si sarebbe potuto chiedere, in modo forse più semplice, se l'ingresso abusivo di bambini (che è facile supporre possano procurarsi lesioni) fosse statisticamente probabile alla luce delle circostanze concrete, vale a dire, considerata l'ubicazione del cantiere (risulta che questo era adiacente ad un condominio, non si sa quanto popolato). E dunque se esso fosse prevedibile da un ipotetico datore di lavoro-modello. A tale giudizio avrebbe dovuto far seguito la verifica se il datore di lavoro (o chi per lui) disponesse di elementi di conoscenza concreti tali da rendere per lui prevedibile la presenza abusiva di ragazzini sul posto, eventualmente non conoscibile da un agente modello.

7. Prima conclusione (scettica)

Comunque sia, ribadiamo come, al di là delle differenze tra le varie impostazioni, la dottrina ci sembra compatta nel voler restituire (quantomeno) parte della sua portata tipizzante alla colpa attraverso l'accentuazione dei suoi profili di normatività, consapevole del fatto che ogni forma di para- o pseudo-psicologizzazione dell'elemento soggettivo apre il varco a rischi di abuso o di cattivo impiego dei concetti da parte dei giudici. Esito sul quale non può che convenirsi.

Sia come sia, la sensazione è che nessuno delle impostazioni delimitative qui ricordate abbia fatto particolarmente breccia nella giurisprudenza.

A ciò si aggiunga che (non solo nella giurisprudenza, ma anche nella dottrina) si sta consolidando l'idea che la colpa può configurarsi anche nelle attività il cui rischio di base sia illecito²⁸, e che questa opzione teorica contribuisce a confondere tutte le analisi fondate – a vario titolo – sul rischio²⁹.

Infine, non può tacersi che, quanto all'infortunistica stradale, la situazione è stata complicata dall'intervento legislativo del 2016, che ha introdotto nel codice penale la fattispecie di "omicidio stradale" (art. 590-*bis*), prevedendo nel penultimo capoverso una circostanza attenuante «quando l'evento non sia esclusiva conseguenza» della condotta del colpevole³⁰.

È probabile che la disposizione mirasse a mitigare il rigore del diritto vivente che – come ricordato – argomenta pigramente sulla base del solo nesso causale e che si ispira ad un criterio di rigida responsabilità oggettiva³¹. Tuttavia, essa potrebbe rivelarsi controproducente nella molto astratta

28 Contra, peraltro, di recente, PIERGALLINI, *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Dir.* (agg.), 2017, p. 240.

29 Nella dottrina, tale spinta sembra motivata dal desiderio di recuperare le componenti psicologiche dell'elemento soggettivo del reato. Sulle incongruenze e sulle difficoltà dell'impresa, si rinvia però a DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in *penalecontemporaneo.it*, 30 gennaio 2017. Analoghe considerazioni, già in FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1938 ss., dove infatti l'autore si esprime a favore delle concezioni normative.

30 Per un commento alla circostanza attenuante, per tutti, MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 maggio 2016, pp. 13 ss.

31 Nel senso che l'intervento legislativo sia contraddittorio perché l'inasprimento sanzionatorio sarebbe sistematicamente contraddetto dalla diminuzione di pena, ROJATI, *L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione*, in *penalecontemporaneo.it*, 1 giugno 2016, pp. 11 s.

ipotesi in cui la giurisprudenza recepisce, in questo settore, le istanze dottrinali di personalizzazione della tutela penale e cominciasse ad impegnarsi in un reale accertamento della colpa (seguendo le coordinate innanzi tracciate).

Vero è, infatti, che la circostanza in oggetto fa espresso riferimento alla mera sussistenza del nesso causale. Tuttavia, poiché il concorso causale in materia di infortunistica stradale, secondo una logica condizionalistica, ci sarebbe sempre (non essendo mai ipotizzabile una “causa unica” dell’incidente stradale), la lettura in chiave meramente causale finirebbe con il vanificare il senso dell’intervento legislativo. Non si può quindi escludere che il capoverso venga letto come se richieda che la condotta concorrente, oltre che causale, sia anche colposa³².

Tuttavia, se così fosse, nelle ipotesi in cui, nella prospettiva da noi auspicata, si sarebbe potuta negare la responsabilità dell’automobilista (non essendo mai, per definizione, prevedibile la condotta “colposa” della vittima), si otterrebbe l’effetto, tutt’al più, di una mera, sebbene consistente, mitigazione della pena.

Viene da chiedersi, quindi, se valga la pena continuare a discutere della maggiore o minore funzionalità dell’una o dell’altra proposta in campo, eventualmente ingaggiando contese intellettuali che rischierebbero di rivelarsi sterili. In radice, ci si potrebbe interrogare se la più volte denunciata tendenza giurisprudenziale dipenda davvero da “errori” di inquadramento teorico e se valga quindi la pena continuare ad affinare le posizioni teoriche nella speranza di emendarla.

A distanza di un ventennio quasi da quando approcciammo al tema, cominciamo a dubitarne e cominciamo a sospettare che lo stato del diritto vivente, al di là di isolate pronunce più o meno “illuminate”, non muterà in modo sensibile.

Tale stato sembra tradire un progressivo allontanamento dei giudici dalle originarie condizioni ideologiche, garantiste, del pensiero giuspenalistico ed una graduale trasfigurazione della finalità della pena, oggi intesa per lo più come strumento di assistenza morale delle vittime, se non addirittura di redistribuzione economica.

Se già questa può suonare come un’affermazione brutale, in realtà, il nostro scetticismo è anche più profondo, perché si estende alla possibilità stessa di svolgere un giudizio perspicuo sulla colpa nelle situazioni più complesse, diverse da quelle che si verificano di solito nella circolazione

32 Lo nota anche PISTILLI, *Il concorso di colpe* cit., pp. 1457 s., nel commentare Cass., IV, 10 febbraio 2017 (dep. 10 marzo 2017) in *Dejure*.

stradale o nell'infortunistica lavorativa. In rapporto a tali situazioni, i dubbi investono, in prospettiva, le stesse sorti del diritto penale, e riguarda non solo la dimensione dell'"essere", ma anche quella del "dover essere".

8. Seconda conclusione (ancora più scettica)

Le perplessità toccano, per le ragioni che ci accingiamo a spiegare, il paradigma individualistico e deliberativo cui si poggia tutto il diritto penale moderno.

Nella dottrina sulla colpa sta da più parti emergendo l'attenzione verso le scienze cognitive, e particolarmente verso la psicologia cognitiva, le cui evidenze hanno inferto un colpo al modello cartesiano, che proponeva il classico concetto di ragionamento, in senso logico-consequenziale (c.d. pensiero deliberato), conformativo altresì della "razionalità di scopo" penalistica. Quanto meno a partire dalla metà degli anni Settanta del secolo scorso³³, tale modello non è più il solo, e sicuramente non è quello dominante a livello scientifico.

Precisato che le intuizioni dipendono dalle emozioni e che le une e le altre godono di una fama (troppo) negativa presso i giuristi, non c'è dubbio che la colpa rappresenti un terreno di coltura ideale per le trappole conoscitive: prima tra queste (ma non certo l'unica), l'*hindsight bias*, cui si è già fatto un cenno incidentale. Tali trappole sono determinate dalle euristiche, appunto basate sulle emozioni, che sono metodi di ragionamento intuitivi, veloci, economici, ma per ciò stesso molto più approssimati ed ingannevoli rispetto al c.d. "pensiero lento".

Sta pure diventando sempre più chiaro che questo dato è ambivalente: per un verso, la nostra propensione alle intuizioni, piuttosto che al ragionamento (come invece crediamo) ci consente di condurre una vita normale, prendendo decisioni ed agendo, invece di restare paralizzati nell'attesa di aver concluso il vaglio di tutte le infinite possibili combinazioni di varianti; per altro verso, spiega la tendenza umana alla temerarietà e all'avventatezza (oltre che alla millanteria).

Possiamo quindi continuare a immaginare che un *humunculus*, all'interno del nostro cervello, svolga ragionamenti deduttivi a partire da una infi-

33 Si allude agli studi, a quel tempo pionieristici, condotti da Kahneman e Tversky, rifluiti poi nell'ormai citatissimo KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow*, 2011; trad. it., *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012, il cui insegnamento è oramai abbastanza comune.

nità di ipotesi previamente teorizzate e la cui probabilità venga eventualmente di continuo ricalcolata bayesianamente all'emergere di nuove evidenze. Oppure possiamo considerare l'ipotesi che il nostro ragionamento sia prevalentemente (non del tutto) intuitivo, che le nostre reazioni siano guidate da “marcatori somatici”³⁴: che cioè il corpo giochi un ruolo importante nell'elaborazione cognitiva e che – come meglio spiegheremo – la mente sia nel cervello (c.d. *embodiment*), piuttosto che il contrario, come tradizionalmente ritenuto e come, invero, ci appare.

Inoltre, non soltanto è provato che supponiamo di avere conoscenze superiori a quelle che effettivamente possediamo e che confondiamo il senso di familiarità con la competenza (l'illusione di conoscenza deriva dal fatto che riempiamo sistematicamente i buchi della nostra conoscenza facendo proiezioni causali fondate sul senso comune e sulla pregressa esperienza). Messe di esperimenti hanno pure convalidato la bontà dell'antica massima socratica per cui più conosciamo, più pensiamo di non sapere; viceversa, meno conosciamo, meno abili siamo a fare qualcosa, più tendiamo ad ascriverci competenze inesistenti³⁵.

La consapevolezza che tali meccanismi confabulatori sono sistematicamente all'opera ha permeato alcune posizioni dottrinali penalistiche, ispirando la proposta di rivedere al ribasso le aspettative verso l'agente modello, “umanizzandolo”, e cioè conformandone la fisionomia a ciò che la psicologia scientifica ci dice su come realmente funziona la nostra conoscenza³⁶. Con riferimento al nostro ambito di indagine, ne uscirebbe ridimensionata anche l'idea che l'agente modello può (e quindi deve) sempre prevedere qualunque evento avverso, anche se imputabile ad incuria o addirittura alla volontà stessa della c.d. vittima.

Ferma ovviamente la validità del progetto, resta – a nostro avviso – la difficoltà di fissare il confine superato il quale l'agente cessi di essere “modello” per diventare “tutto concreto” (temiamo che un agente modello *ra-*

34 Le reazioni di conduttanza cutanea si manifestano prima della cognizione del fatto e orientano il comportamento in una direzione tendenzialmente conforme alla ragion pratica. DAMASIO, *Descartes' Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*, 1994; trad. it., *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Adelphi, 1995, pp. 235 ss.

35 DUNNING, *Unskilled and unaware of it: How difficulties in recognizing one's own incompetence lead to inflated self-assessments*, in *Journal of Personality and Social Psychology*, 77 (6), 1999, pp. 1121 ss.

36 Per esempio, CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, 2017, 149 ss.

zionale ma non troppo non si presterebbe a svolgere bene le funzioni che vi assegna il diritto penale).

Per questa ragione (ed altre), in passato³⁷, ci eravamo concentrati sul versante dell'interpretazione giudiziaria, accarezzando le impostazioni ermeneutiche. Abbiamo coltivato l'illusione che già soltanto la consapevolezza del fatto che insidie conoscitive sono costantemente all'opera potesse rappresentare un campanello d'allarme suscettibile di mettere in guardia l'interprete, il giudicante rispetto a semplici (seppure spesso marchiani) errori di ragionamento.

Tale idea si è rivelata forse ingenua e oggi, come già detto, sospettiamo che la giurisprudenza persegua invece un piano deliberato di redistribuzione economica delle conseguenze del rischio in specifici contesti segnati, alla base, da quelle che reputa asimmetrie intollerabili.

Perché allora abbiamo accennato alla psicologia cognitiva?

Perché i temi di ricerca emergenti in questa branca ispirano e fondano un altro genere di considerazione, allo stato ancora embrionale e forse azzardata.

A seguito di tutto ciò che si è detto sui limiti – dovremmo però dire: sulle caratteristiche – della conoscenza umana, ma a fronte di un indiscusso incremento complessivo del grado delle conoscenze specialistiche, ci sembra che il fuoco dell'indagine scientifica si stia spostando dall'intelligenza del singolo, che (come detto) si reputa oggi «sopravvalutata»³⁸, all'intelligenza del gruppo e ai meccanismi della conoscenza sociale. Si è compreso che il senso di familiarità con determinati problemi teorici (cui si è fatto prima riferimento) dipende anche dalla facilità di accedere alla conoscenza altrui (l'esempio più illuminante è ovviamente offerto da *internet*) e si è cominciato a riflettere in modo sistematico su come funziona – o non funziona – la fiducia, ad esempio, negli esperti e nei detentori di conoscenze specialistiche: conoscenze, teoriche o applicate, di cui usufruiamo quotidianamente e da cui ormai spesso dipendiamo in modo totale, pur non essendo – al di là di ciò che pensiamo – in grado di decodificarle.

Oggi come oggi, molto ci si interroga e si dibatte sugli effetti positivi e negativi di questo fenomeno³⁹ e, quale che sia la risposta, va consolidando-

37 ... almeno a partire da DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincoli alla legge*, Giuffrè, 2006, pp. 215 ss.

38 SLOMA/FERNBACH, *The Knowledge Illusion. Why We Never Think Alone*, 2017; trad. it., *L'illusione della conoscenza. Perché non pensiamo mai da soli*, Cortina, 2018, p. 27.

39 Si tratta di concetti da tempo noti alla letteratura sociologica ma che oggi sono indagati in una prospettiva più "analitica".

si l'idea che: «il cervello, il corpo e *l'ambiente esterno* lavorano tutti insieme per ricordare, ragionare e prendere decisioni»; che «la conoscenza è diffusa nel sistema, al di là del solo cervello»⁴⁰; che «la mente si estende al di là del cervello comprendendo il corpo, *l'ambiente* e le altre persone che non sono noi»⁴¹.

Si dirà: al pari dell'emendabilità del ragionamento umano, anche la c.d. mente estesa – questo il nome assegnato al fenomeno in oggetto – e il ruolo dell'intelligenza di gruppo non rappresentano certo una gran scoperta.

In effetti, tali concetti non rivestirebbero interesse ai fini del presente discorso, se il genere di esperimenti cui abbiamo fatto cenno, proiettati ormai quasi solo su larga scala, non mettesse in rilievo un dato suscettibile di riverberarsi sul diritto penale. Essi illuminano la graduale perdita di senso dell'indagine sui meccanismi della conoscenza del singolo, per effetto della crescita inarrestabile ed esponenziale della complessità, che rende impossibile prescindere da interazioni, nel contempo sempre più fitte e meno decifrabili.

Quanto ciò sia vero e problematico per la logica del diritto penale appare con evidenza appena si abbandoni la materia dell'infortunistica stradale e lavorativa, già solo per considerare il limitrofo ambito delle malattie professionali oppure della responsabilità medica: quest'ultimo oramai quasi solo sistemica e caratterizzata da un tasso di specializzazione fino a poco tempo inimmaginabile.

La più recente letteratura di psicologia cognitiva e, in verità, tutte le teorie dei sistemi complessi cercano di spiegare perché il modello individualistico e deliberativo potrebbe non essere più attuale; perché il "pensiero lento" potrebbe già oggi valere in modo residuale in alcune situazioni; perché è possibile che, in prospettiva, perda prevalentemente di senso.

In tale quadro, quale futuro si delinea per il nostro diritto penale?

Il diritto penale è tutto genericamente costruito attorno all'uomo: all'idea che sia il singolo a prendere decisioni e che il singolo debba rispondere di quelle sbagliate (secondo un criterio classico di razionalità) e incidentalmente, anche a prescindere dai dibattiti sul superamento – o meno – della c.d. pregiudiziale antropomorfa⁴², tale idea permea, in ampia scala, pure il sistema legislativo di responsabilità degli enti.

40 Entrambe le affermazioni in SLOMAN, FERNBACH, *L'illusione della conoscenza*, cit., p. 119; il corsivo è nostro.

41 SLOMAN, FERNBACH, *L'illusione della conoscenza*, cit., p. 23. Il corsivo è sempre nostro.

42 Queste tendenze sono state di recente compendiate in MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, 2018.

Esso rivendica con vigore un limite garantista, che funge altresì da fondamento teorico, nella personalità della responsabilità penale. E i tentativi teorici di esaltare la posizione della vittima impattano tutti su questo presupposto: sul presupposto di poter stabilire *chi* è chiamato a fare *che cosa*.

Il punto è allora questo. Se la personalità della risposta penale è uno dei punti di forza culturali del diritto penale, potrebbe rivelarsi al tempo stesso il suo tallone d'Achille: perché rischia di condannarlo all'inazione nella prospettiva, molto realistica, di una crescente, progressiva complessità.

La personalità della responsabilità penale, infatti, esprime ed è indissolubilmente legata a una visione "classica" dell'individuo come singolo, portatore di una razionalità deliberativa autoreferenziale: visione che – come si è detto – quantomeno in alcuni ambiti, si sta rivelando poco veritiera e, poiché contraddetta da riscontri empirici, sempre meno sostenibile, come dimostra il fatto che, anche all'interno della dottrina, sorgono spesso controversie interpretative, a proposito dei concreti confini "relazionali" della colpa, in situazioni caratterizzate da un elevato tasso di tecnicismo.

Di conseguenza, almeno sul piano prescrittivo, si delineano all'orizzonte i seguenti scenari.

Il diritto penale potrebbe sciogliere in modo esplicito (non già implicito, come già oggi nella giurisprudenza ma anche nella dottrina) l'opzione a favore della c.d. psicologia del senso comune, continuando (dichiaratamente) a fingere – al di là delle sempre maggiori evidenze contrarie – che: il singolo sia davvero del tutto libero; la "vittima" perfettamente responsabile; (il dolo e) la colpa predicabili in termini chiari perché chiare sono le ripartizioni di compiti, ecc. Finirebbe però circoscritto alle poche e semplici situazioni in cui dolo e colpa "individuali" siano ancora indagabili con nettezza, per il resto staccandosi progressivamente da una realtà sempre più "popolata" da menti, oramai chiaramente "estese" (nell'ambiente, nelle altre menti). Cederebbe quindi il posto a strumenti giuridici alternativi, plausibilmente di nuova creazione, chissà se più "garantisti".

Oppure, potrebbe flessibilizzarsi, modulandosi anche sul piano teorico sulla logica del "più e del meno" e rinnegando quella, attuale, del "tutto o nulla". In tal caso, abdicerebbe però anche al mero simulacro di personalità della responsabilità, e andrebbe ripensato dalle fondamenta, e ovviamente a partire dal sistema sanzionatorio, che dovrebbe declinarsi in un senso ovviamente meno afflittivo, trasformando comunque questa branca giuridica in altro da sé.

In nessun caso la previsione sarebbe fausta.

