

QUESITI

SILVIA MASSI

Modelli scientifici e standard cautelari nella definizione della responsabilità penale del professionista, in particolare nella materia dell'edilizia e delle costruzioni*

Il professionista è esposto al rischio di indebite estensioni della sfera della responsabilità penale, nella misura in cui si affidi al medesimo un ruolo di onnicomprensiva “dominabilità” delle attività svolte, attribuendogli il ruolo di garante, a protezione dei rischi reali o presunti che comportino l'attività professionale. Ciò obliterando il significato del principio di ordinamento espresso dall'art. 2236 c.c., per il quale alla speciale difficoltà della prestazione non può non corrispondere una maggiore scusabilità dell'attività professionale.

Per contrastare tali tendenze, il presente scritto - nel fissare l'attenzione in particolare sul settore professionale dell'edilizia e delle costruzioni (ma tenendo conto dell'esempio offerto dalla disciplina del settore della responsabilità medica) - propone un limite generale alla responsabilità colposa del professionista, nella prospettiva di eliminare ogni incertezza nel conferire il giusto risalto al principio generale espresso dall'art. 2236 c.c.

Scientific models and precautionary standards in the definition of criminal liability of professional, especially in the sector of building and construction

The professional is exposed to the risk of undue extensions of the criminal liability, in consideration of a presumed total 'controllability' of their activities, for the attribution to him of the role of guarantor to protect the real or presumed risks involved in the professional activity. This obliterates the meaning of the principle expressed by the art. 2236 of the Civil Code, for which the special difficulty of the performance corresponds to a greater excusability of the professional activity.

Against this trend, the paper, focusing on the building and construction sector (but taking into account the example offered by the legislation in the medical liability sector), proposes a general limit to the culpable liability of the professional, with the aim of eliminating any uncertainty in compliance with the general principle expressed by the art. 2236 c.c.

SOMMARIO: 1. La responsabilità penale del professionista. Il problema della c.d. “posizioni di garanzia”. Premessa. - 1.1. Segue. Le criticità commesse all'individuazione delle fonti di garanzia. - 2. Area di rischio lecito e responsabilità per colpa. Le regole cautelari come regole permissive del rischio. - 2.1. Le regole di perizia e definizione dell'area di rischio lecito, in particolare nell'esempio dell'esercizio dell'attività medica. L'“adeguatezza” delle regole applicate alla “specificità del caso concreto”. - 3. “Sconfinamento” dall'area di rischio permesso e accertamento della colpa. - 4. Ulteriore ricognizione delle principali questioni teoriche e applicative: i paradigmi dell'imputazione e le tendenze estensive della giurisprudenza. - 5. Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nel contenimento della responsabilità penale “per colpa” del professionista - 6. Segue. La limitazione della responsabilità penale del professionista sulla base dell'esempio fornito dall'art. 590 sexies c.p. in materia medica. - 7. Segue. Approfondimento dell'analisi dell'art. 2236 c.c., quale disciplina particolare espressiva di un principio generale, e accertamento della colpa del

professionista. – 8. Spunti dal modello della responsabilità penale del sanitario quale possibile paradigma della responsabilità penale del professionista, con particolare riferimento al settore edile e delle costruzioni. Testo relativo alle “Norme tecniche sulle costruzioni” e perimetro del rischio permesso. – 9. Conclusioni e prospettive di riforma.

1. *La responsabilità penale del professionista. Il problema delle c.d. “posizioni di garanzia”.* *Premessa.* I professionisti, quali garanti sotto diversi profili dei beni dei singoli e della collettività, si propongono indiscutibilmente nella veste di figure centrali nell’esperienza giuridica contemporanea, come soggetti chiamati a governare i rischi connessi ad ogni settore tecnico e scientifico¹, e dunque a fronteggiare istanze di sicurezza che conducono spesso ad un’estensione della sfera di responsabilità penale, ove risulti una reale o presunta gestione “impropria” dei rischi medesimi.

La tendenza a responsabilizzare i professionisti si riscontra in tutti i settori di competenza, con alcune divergenze, anche se l’attenzione del presente scritto sarà rivolta particolarmente alla materia dell’edilizia e delle costruzioni, con riferimento alla responsabilità penale che può ascrivere in capo alle figure professionali dell’ingegnere, dell’architetto², e limitatamente ad alcune attività anche del geometra³, nonché ad ogni possibile prestatore d’opera del settore, per

* Il presente articolo costituisce un contributo redatto nel quadro del *PRIN2020 Project #20209F3A37*.

¹ I rischi connessi ad ogni attività umana, nell’era della modernità caratterizzata dall’incessante sviluppo della tecnologia in tutti i settori, sono diventati sistemici, nella dimensione attuale della nostra “società del rischio”. Sulla nozione di “società del rischio”, BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1986. La definizione di “società del rischio” seppur di matrice sociologica, ha assunto un’autonoma caratterizzazione nel contesto giuridico-penalistico, per il passaggio dal modello liberale della responsabilità personale per la realizzazione di un evento di danno o pericolo concreto al modello del c.d. “diritto penale del rischio”, in cui l’esigenza di un’anticipazione della tutela penale rischia a volte di slittare verso derive improntate al c.d. “principio di precauzione”.

² L’art. 51 del r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537, concernente il regolamento per le professioni di ingegnere e di architetto, stabilisce che spetta all’ingegnere «il progetto, la condotta e la stima dei lavori per estrarre, trasformare ed utilizzare i materiali direttamente od indirettamente occorrenti per le costruzioni e per le industrie, dei lavori relativi alle vie ed ai mezzi di trasporto, di deflusso e di comunicazione, alle costruzioni di ogni specie, alle macchine ed agli impianti industriali, nonché in generale alle applicazioni della fisica, i rilievi geometrici e le operazioni di estimo»; mentre l’art. 52, comma 1, del medesimo testo normativo specifica che: «Formano oggetto tanto della professione di ingegnere quanto di quella di architetto le opere di edilizia civile, nonché i rilievi geometrici e le operazioni di estimo ad esse relative». In base al disposto normativo si evince dunque che le professioni di ingegnere e architetto sono equiparate per le materie previste.

³ Il r.d. 11 febbraio 1929, n. 274, recante il “Regolamento per la professione di geometra” all’art. 16 nello stabilire l’oggetto ed i limiti dell’esercizio professionale di geometra, fa riferimento anche all’attività di

delitti colposi quali, ad esempio, il disastro colposo, la rovina di edifici o di altre costruzioni, ma anche l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose, quali potenziali eventi infausti legati all'attività professionale⁴. È inutile dire che le figure medesime possono assumere diversi ruoli: quello di committente, di progettista o di direttore dei lavori, di coordinatore in fase di progettazione e coordinatore in fase di esecuzione, ovvero di direttore tecnico di cantiere, nello svolgimento dei quali il professionista, ove sussistano i presupposti, può rivestire posizioni di garanzia ed essere investito di determinati obblighi di diligenza.

L'ampliamento della sfera della responsabilità individuale del professionista si pone specialmente là dove questi, fornendo una prestazione tecnica che abbia in qualche misura contribuito ad eventi dannosi o pericolosi, finisce con l'essere "responsabilizzato" degli eventi particolari, perlopiù attraverso il ricorso allo schema del reato omissivo colposo, concepito tuttavia secondo logiche estensive dell'incriminazione.

Tale schema, come noto, muove dall'individuazione delle cc.dd. *posizioni di garanzia*, vale a dire delle posizioni attribuite ai professionisti quali "tutori" di una certa attività, passando poi per l'accertamento del nesso causale, nella dimensione di nesso tra la norma cautelare violata e l'evento che tale norma mirava a prevenire (anche definito quale "nesso di rischio" nella ricostruzione della "causalità nella colpa")⁵, transitando infine per l'accertamento della colpa,

«progetto, direzione e vigilanza di modeste costruzioni civili», con ciò prevedendo dei limiti rispetto alle competenze dell'ingegnere e dell'architetto.

⁴ Le fattispecie contravvenzionali in materia edilizia e quelle dolose, come ad esempio le false asseverazioni e l'abusivo esercizio della professione, esulano dalla presente indagine.

⁵ Sulla nozione di "causalità nella colpa", cfr., per tutti, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 105 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna, 2019, 595 s.; MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*⁹, Milano, 425 s. Con specifico riferimento al tema della responsabilità penale derivante da esposizione dei lavoratori ad amianto, Cfr. BARTOLI, *Causalità e colpa nella responsabilità penale per esposizione ad amianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 2, 597 ss. Sul dibattuto tema del «coefficiente di efficacia impeditiva» del comportamento alternativo lecito v. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 596-599; BARTOLI, *Diritto penale e prova scientifica*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 15 febbraio 2018, 25-28; GIUGNI, *Causalità della colpa e circolazione stradale tra prassi applicative e dubbi irrisolti*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 7 s. In giurisprudenza, tra le molte, Cass., Sez. IV, 1 ottobre 2014, n. 51737, in *Dejure*; Cass., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478; Cass., Sez. IV, 30 maggio 2017, n. 34375, in *Dejure*.

propriamente intesa quale elemento psicologico del reato⁶. Sul punto specifico diviene essenziale l'individuazione della regola cautelare violata e della prevedibilità dell'evento che costituisce il reato, tutte fasi caratterizzate da una notevole difficoltà nell'accertamento, di conseguenza prospettandosi il rischio di responsabilità attribuite impropriamente.

Considerando preliminarmente la questione della corretta individuazione delle responsabilità penali, va detto che, proprio il ricorso allo schema di imputazione del reato omissivo improprio colposo apre il varco ad approcci estensivi in particolare rispetto alla titolarità delle dette posizioni di garanzia.

Il rischio di una estensione è sicuramente più evidente in alcuni settori, come quello della sicurezza sul lavoro, nel quale non è raro assistere all'attribuzione delle responsabilità medesime anche attraverso la valorizzazione degli strumenti tecnici di cui i professionisti dispongono per la gestione dei rischi connessi alla loro attività, in mancanza dunque della necessaria indagine sui poteri giuridici di cui loro siano investiti nella gestione delle attività rischiose, quali criteri di riconoscimento degli obblighi giuridici di impedimento dell'evento, che identificano la posizione di garanzia⁷. Con condanne che non poche volte prescindono dalla necessaria indagine sui poteri giuridici di cui i professionisti siano investiti nella gestione delle attività pericolose, mentre essi si rivelano criteri essenziali di riconoscimento di quegli obblighi giuridici che permettono di indentificare propriamente le vere posizioni di garanzia.

⁶ In generale, sulla struttura della colpa mi limito a segnalare, a fronte di una letteratura vastissima, CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit.; ID., *L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 4, 1616 ss.; FIORELLA, voce *Resp. pen.*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXIX, 1300 ss.; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990; GALLO, *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VII, 637; GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, 90; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2009, 165 ss.; MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971; ID., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965; PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 819; PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1-2, 1684; ID., voce *Colpa* (dir. pen.), in *Enc. dir., Annali*, 2017, vol. X, 222 ss., 226 ss.; PULITANO, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 5, 647 ss.

⁷ V., sul punto, BLAIOTTA, *La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa*, su www.penalecontemporaneo.it, 5 novembre 2012, 5 s., secondo il quale, in settori come quello della sicurezza sul lavoro, dovrebbe evitarsi che il garante sia essere trasformato «in un capro espiatorio», dovendosi dunque configurare «i suoi obblighi in un modo realistico, esigibile».

Prima di approfondire questi temi, è importante premettere che nel presente scritto userò il termine “protocolli di sicurezza” per indicare genericamente le misure di sicurezza previste o meno nei testi normativi o anche quelle direttrici dell’attività tecnica definite “linee guida”, funzionalmente orientate a guidare i professionisti, integrando il complesso dei doveri di diligenza posti in capo ai medesimi, ma anche le facoltà che l’ordinamento a loro riconosce.

1.1. *Segue. Le criticità connesse all’individuazione delle fonti di garanzia.* Nell’esaminare dunque i profili problematici che si presentano in ordine alla individuazione dei titolari delle posizioni di garanzia, che rappresentano la base per dell’imputazione per i reati omissivi impropri, occorre in primo luogo far riferimento alla formula contenuta nell’art. 40, co. 2 c.p., che stabilisce la relativa disciplina.

Le questioni teoriche ed applicative cui tale disposizione rimanda sono molteplici ed un’analisi dettagliata delle medesime esulerebbe dal presente contributo.

In questa sede mi limiterò a segnalare alcuni profili dell’indagine, significativi nell’ottica di rimarcare le criticità che si prospettano per i citati approcci della giurisprudenza, estensivi dell’area della punibilità. Si tratta invero di orientamenti che traggono origine o comunque sono favoriti dalle improprietà della formula di legge, contrassegnata da un *deficit* di “determinatezza” nella indicazione delle fonti normative e dei loro contenuti deputati a definire i precisi confini dell’obbligo giuridico di impedimento dell’evento dannoso o pericoloso. In definitiva la formula dell’art. 40, co.2 c.p. risulta “arricchita” dalle riflessioni di quella parte della dottrina che ne ha fissato i cardini fondamentali⁸.

⁸ Sulla imponente dottrina in tema di reato omissivo in questa sede ci limitiamo a segnalare nella dottrina italiana i seguenti fondamentali contributi: ANTOLISEI, *L’obbligo di impedire l’evento*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1936, 134 s.; FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni*, Firenze, 1984, 175 ss.; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso dell’evento*, Padova, 1975; SPASARI, *L’omissione nella teoria della fattispecie penale*, Milano, 1957. Più di recente, BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, *passim*; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 65 ss.; RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, 376 ss.

Dimenticando i quali, il rischio è che tale formula finisca per essere intesa quale fattispecie “aperta”, con il rischio di indirizzi rigoristici, a meno di non avviare «una ricostruzione della posizione di garanzia, che non lasci disperdere i contenuti normativi corrispondenti»⁹. In questa prospettiva la posizione di garanzia che si identifica con l’obbligo di impedire l’evento, sul presupposto cioè di un obbligo che pone il bene «nelle mani dell’obbligato»¹⁰, si differenzia dall’obbligo di sorveglianza, quale espressione di un mero obbligo di attivazione, che può estrinsecarsi anche in un mero obbligo di segnalazione dell’altrui reato, e che dunque in tale prospettiva può agevolare l’impedimento del medesimo, ma non avendo i poteri giuridici per impedirlo non può assumere la posizione di garante¹¹.

Senonché spesso la giurisprudenza non distingue l’obbligo di garanzia, quale obbligo di impedimento, dagli obblighi di mera vigilanza o attivazione¹², magari semplicemente valorizzando «un ruolo di vigilanza e controllo» sull’operato di altri e la disponibilità di mezzi «idonei a sollecitare interventi necessari»¹³, mezzi considerati però in termini del tutto generici, senza accertare il nesso funzionale rispetto allo specifico evento da impedire¹⁴.

⁹ Sul punto, volendo, mi permetto di rinviare a MASSI, *Speciale anti-doverosità della condotta ed elusione del fatto tipico. Un’indagine sui confini ‘costituzionali’ della fattispecie penale*, Torino, 2020, 100.

¹⁰ V., SGUBBI, *Responsabilità penale*, cit., 234, nonché 201, ove l’Autore segnala che l’obbligo di garanzia deve essere di esclusiva fonte legislativa.

¹¹ Per una netta distinzione tra obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza, cfr. FIORELLA, *Il trasferimento*, cit., 173 ss. Nello stesso senso PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 50 ss. Anche MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*³, 158 ss., condivide la differenziazione tra obbligo di garanzia, obbligo di attivazione e obbligo di sorveglianza. Nello stesso senso, cfr., LEONCINI, *Obbligo di attivarsi*, cit., 14 ss., in cui l’Autrice nel definire le formule “obbligo di attivarsi”, “obbligo di sorveglianza” e “obbligo di garanzia” distingue il piano della definizione linguistica, che spesso produce confusioni definitorie, da quello “concettuale” nonché della disciplina positiva, con diversità di conseguenze giuridico-penali.

¹² V., BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta*, cit., 116, il quale correttamente rileva «la scarsa propensione dei giudici a distinguere il mero obbligo di sorveglianza dal vero e proprio obbligo di garanzia» facendoli quasi sempre coincidere.

¹³ Cfr., Cass., Sez. IV, 26 settembre 2018, n. 58243. Nello stesso senso Cass., Sez. IV, 5 ottobre 2018, n. 47794, con riferimento alla responsabilità di un agente di polizia municipale che non avrebbe segnalato l’uso di bombole a gas deteriorate al soggetto titolare del potere deliberativo relativo al rilascio di una licenza.

¹⁴ Talvolta la giurisprudenza mostra maggiore sensibilità, richiedendo per la ricostruzione dell’obbligo giuridico di impedire l’evento un’accurata analisi delle diverse sfere di competenza gestionale e organizzativa, ammettendo anche l’eventualità di un «residuale rilievo a poteri di gestione e controllo di matrice

Soprattutto in alcuni settori, come quello della sicurezza sul lavoro, la giurisprudenza, nel porsi il problema della distinzione tra gli obblighi di impedimento e altri obblighi, come quelli di semplice attivazione o di sorveglianza, esclude una limitazione dell'area degli obblighi di garanzia a quella degli obblighi di impedimento strettamente intesi¹⁵; assumendo che i suddetti poteri impeditivi potrebbero «anche concretizzarsi in obblighi diversi (per es. di natura sollecitatoria), e di minore efficacia, rispetto a quelli direttamente e specificamente volti ad impedire il verificarsi dell'evento»¹⁶. In ciò finendo dunque la giurisprudenza di Cassazione col desumere dalle «situazioni concrete» la portata degli obblighi impeditivi «esigibili da parte del garante», anche là dove «questi poteri possono essere limitati ad un mero obbligo di attivarsi»¹⁷. Con la conseguenza in base alla quale l'obbligo giuridico di impedire l'evento si rapporterebbe all'esistenza di «poteri fattuali che consentano all'agente di porre in essere, almeno in parte, meccanismi idonei ad evitare il verificarsi dell'evento»¹⁸.

Uno dei più frequenti equivoci in cui incorre la giurisprudenza consiste proprio nel confondere la sfera di dominio «giuridico» del garante, investito dei relativi obblighi giuridici di garanzia, con un mero dominio «naturalistico» sull'accadimento materiale, con la valorizzazione di situazioni sostanziali di mero fatto. Tale impostazione si rinviene frequentemente nel settore della responsabilità professionale, là dove la giurisprudenza desume la posizione di garanzia dalla situazione fattuale¹⁹, sulla scorta di un mero «comportamento concludente»²⁰;

prettamente fattuale»: cfr., in questo senso, Cass., Sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14550, relativa a posizioni di garanzia nell'ambito di uffici della pubblica amministrazione.

¹⁵ Cfr., ad esempio Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2814, che ha esteso la posizione di garanzia in capo al RSPP. Nello stesso senso Cass., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32195.

¹⁶ Cfr., in questo senso, Cass., Sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14550, par. 8.3.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14550, par. 8.3, che sul punto si richiama anche a Cass., Sez. 4, 11 marzo 2010, n. 16761, Catalano.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. IV, 16 febbraio 2018, n. 14550, par. 8.3.

¹⁹ Cfr. Cass., Sez. IV, 5 giugno 2019, n. 37224, che attribuisce rilievo alla situazione fattuale, sempre che abbia rilevanza giuridica, e che investa il soggetto di una posizione di garanzia.

²⁰ Cfr., Cass., Sez. IV, 9 aprile 2019, n. 24372, secondo cui «la posizione di garanzia può essere generata non solo da investitura formale, ma anche dall'esercizio di fatto delle funzioni tipiche delle diverse figure di garante mediante un comportamento concludente dell'agente, consistente nella presa in carico del bene protetto»; nonché con riferimento alla responsabilità professionale di un ingegnere Cass., Sez. IV, 27 giugno 2006, n. 38491, secondo la quale «Colui che ha creato una fonte di pericolo è tenuto a quella particolare forma di garanzia, chiamata di controllo, la quale, insieme con l'altra, definita di protezione,

oppure rilevando che l'obbligo di impedire l'evento deve accompagnarsi all'esistenza di «poteri fattuali che possono concretizzarsi anche in obblighi diversi», come quelli di natura sollecitatoria «e di minore efficacia rispetto a quelli specificamente diretti ad impedire il verificarsi dell'evento»²¹. Anche là dove conferisca rilievo giuridico alla posizione fattuale, tale rilievo deve sempre intendersi come obbligo di impedimento dell'evento e non come mero obbligo di controllo²²; altrimenti profilandosi una sorta di presunzione in ordine alla titolarità della posizione di garanzia in capo al professionista, che darebbe luogo in capo al medesimo a forme meno visibili di responsabilità per fatto altrui.

2. Area di rischio lecito e responsabilità per colpa. Le regole cautelari come regole permissive del rischio. Ciò posto, occorre chiedersi quale significato abbia l'esser titolare di una posizione di garanzia su una certa fonte di rischio e in quali limiti la detta titolarità generi responsabilità penale.

Va subito chiarito che le attività socialmente utili o socialmente adeguate, anche se rischiose, sono comunque lecite nella misura in cui le medesime attività si mantengano entro i confini approvati dall'ordinamento²³. Tali confini definiscono un'area di rischio "lecito", entro cui il soggetto può agire senza incorrere nella responsabilità penale²⁴, segnando tale area un perimetro entro cui lo stesso fatto tipico non si integra²⁵.

costituisce il contenuto dell'art. 40, comma 2, c.p., che detta la disciplina del reato omissivo improprio».

²¹ Cfr., Cass., Sez. IV, 1 febbraio 2018, n. 9167, che si esprime sempre nel settore della sicurezza sul lavoro.

²² Cfr., Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2018, n. 58363, per la quale la titolarità della posizione di garanzia andrebbe esclusa per la mancanza di "obblighi di controllo" suoi medici incaricati.

²³ V., DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, in part. 46 in cui l'Autore sottolinea lo spazio di libertà di azione che sarebbe riservato alle condotte rischiose che si mantengano entro i confini approvati dall'ordinamento.

²⁴ V., PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, 323, in cui l'Autore individua nella formula «rischio consentito», «un limite generale alla responsabilità colposa».

²⁵ Sulla nozione di "rischio consentito" e per i riferimenti bibliografici sull'origine della nozione medesima CONSULICH, voce *Rischio consentito*, in *Enc. dir.*, Milano, 2021, vol. *Reato colposo*, 1104. In ordine alla collocazione sistematica del "rischio consentito" l'Autore evidenzia la sua dimensione autonoma rispetto alla colpa e al dolo, quale «parametro oggettivo, diverso dalla causalità e funzionale ad assicurare la piena attuazione della responsabilità per fatto proprio», trattandosi di stabilire, secondo storiche ricostruzioni, se l'esclusione della responsabilità operi sul piano del fatto tipico ovvero dell'antigiuridicità (1109). Propendendo comunque per la collocazione della teoria del rischio consentito sul piano della tipicità (1111).

In definitiva, la misura del rischio consentito è frutto di scelte politiche improntate alla ricerca di un punto di equilibrio tra opposte esigenze: da un lato quella della tutela di beni minacciati, dall'altro quella dello svolgimento di attività utili per la collettività, ovvero «considerate dall'ordinamento come irrinunciabili per il progresso»²⁶. I limiti del rischio consentito possono essere predeterminati legislativamente o attraverso autorizzazioni amministrative, subordinate al rispetto di norme precauzionali, ovvero, in caso tali previsioni manchino o siano inadeguate, il giudizio sul rischio resta affidato al giudice che dovrà rispetto al caso di specie effettuare detto bilanciamento, ovviamente secondo parametri di valutazione diversi: quelli dell'utilità sociale rispetto all'attività generalmente intesa, quello dell'offesa concreta all'interesse protetto rispetto alla singola condotta²⁷.

Invero l'esercizio di attività professionali costituisce per eccellenza l'esercizio di attività socialmente utili e pertanto giuridicamente autorizzate, anzi addirittura maggiormente garantite. Infatti il principio espresso nel codice civile all'art. 2236 c.c., nel limitare alla colpa grave la responsabilità del professionista per le prestazioni d'opera che presentino una speciale difficoltà, riconosce implicitamente a tali attività un'area più ampia di rischio lecito²⁸.

La liceità della condotta che permanga entro i confini del rischio consentito sarà dunque contrassegnata dal rispetto delle regole cautelari che tale rischio circoscrivano²⁹, ricavandosi il «*quantum* di rischio consentito (...) dalla struttura e dal contenuto delle regole cautelari disponibili per fronteggiarlo»³⁰. In definitiva estromettendo dall'area della responsabilità penale colposa quella classe di

²⁶ Cfr., FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 353.

²⁷ Cfr., CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1110.

²⁸ Cfr., FIORELLA, *Le strutture*, cit., 370.

²⁹ V., CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1103, il quale mette ben in evidenza che «il rischio consentito è determinato, come un *posterius* logico, dal rispetto della norma cautelare: il pericolo può dirsi lecito se sopravvive anche ove si rispettino tutti i doveri di prudenza che gravano sull'obbligato». Ulteriormente precisando la necessità che «il tasso di rischio consentito sia fissato a livello generale ed astratto», attraverso l'operato del legislatore, nonché di altri soggetti, quali organismi tecnici, pubblici o privati, e associazioni di categoria per l'elaborazione di linee guida, buone pratiche e *gold standard*, raccomandazioni e così via.

³⁰ Cfr., VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 18.

comportamenti che si attengano alle conoscenze nomologiche e fattuali stigmatizzate dalle regole cautelari.

Quanto alle tipologie di regole cautelari idonee a circoscrivere l'area del rischio, possono considerarsi sia le regole cautelari «proprie», tali da azzerare del tutto o quasi il rischio di realizzazione dell'evento³¹, sia le regole «improprie» che non azzerano il rischio ma lo riducono con riferimento a quelle attività intrinsecamente pericolose, il cui valore è comunque riconosciuto dall'ordinamento³².

In ogni caso dovrà trattarsi di regole “modali” che indichino nel dettaglio il comportamento che l'agente dovrà tenere, e quindi dotate di parametri «muniti di sufficiente “rigidità”³³, come possono esserlo le regole permissive³⁴ o le regole di perizia, che fissano cioè la perizia richiesta secondo le c.d. *leges artis*, che siano o meno incorporate in specifici protocolli.

Dovendo invece escludersi, per dirla con la sentenza della Cassazione sulla Commissione “Grandi rischi”, che le c.d. “regole procedurali” che non indichino «un determinato comportamento in funzione preventiva di uno specifico evento» possano assumere addirittura il rango di regole cautelari, venendo meno «la relazione di prossimità tra misura ed evento che s'intende prevenire, tipica della regola cautelare (e che assicura al massimo grado l'implementazione del principio di colpevolezza nel circuito della responsabilità colposa)»³⁵.

2.1. *Le regole di perizia e di definizione dell'area di rischio lecito, in particolare sull'esempio dell'esercizio dell'attività medica. L'“adeguatezza” delle regole*

³¹ V., per tale distinzione, sempre VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 15 s.

³² V., VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 16 s.

³³ V., FIORELLA, *Le strutture*, cit., 372.

³⁴ V., PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 324, secondo il quale «tutte le normative di sicurezza (del lavoro, del traffico, delle industrie a rischio, ecc.) hanno la funzione di *delimitare il rischio consentito*».

³⁵ Cfr., Cass., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, cit., la quale denuncia «la sempre più frequente opzione legislativa per le cautele procedurali degrada, se non ad un ruolo marginale, almeno a quello di co-protagonista il modello classico di regola cautelare, caratterizzato dalla indicazione di un determinato comportamento in funzione preventiva di uno specifico evento. La relazione di prossimità tra misura ed evento che s'intende prevenire, tipica della regola cautelare (e che assicura al massimo grado l'implementazione del principio di colpevolezza nel circuito della responsabilità colposa), si smarrisce; la nuova fenomenologia impone il conio di nuove definizioni: cautele procedurali, cautele indirette, cautele mediate, per rammentarne alcune».

applicate alla “specificità del caso concreto”. L’efficacia delle “regole di perizia” a circoscrivere l’area di rischio lecito ha assunto particolare enfasi nella materia della responsabilità medica, in cui, l’adesione alle linee guida o a buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, nella misura in cui definiscano i tipi adeguati di prestazioni diagnostiche e terapeutiche in rapporto alle specifiche situazioni cliniche, come vedremo, ha ricevuto espresso riconoscimento legislativo con l’art. 590 *sexies* c.p.

Ma l’ausilio di protocolli, con lo scopo di standardizzare il rischio nelle attività pericolose, con il medesimo metodo improntato all’individuazione dei rischi specifici con la previsione di misure idonee a fronteggiarli³⁶ è naturalmente presente anche in altri settori tecnici e scientifici, come quello della sicurezza sul lavoro, della circolazione stradale, delle costruzioni.

Certamente in alcuni settori, come quello appunto dell’attività medica, tali protocolli anche se si caratterizzano per una “regolarità” degli scopi³⁷, sono soggette ad un più alto tasso di obsolescenza, in considerazione dell’incessante progresso nelle pratiche mediche e nelle cure.

In altri settori, come quello delle costruzioni, caratterizzati da una maggiore stabilità dei risultati scientifici i protocolli sono soggetti a minor variabilità.

Viene qui in rilievo un profilo di carattere generale perché la presenza di protocolli di sicurezza non esonera da un’indagine sul caso concreto, anzi lo presuppongono e *l’effettività validità ed efficacia delle regole medesime va appunto rapportata alla loro adeguatezza alla loro applicazione alla specificità del caso concreto.* Tali specificità, ad esempio, possono prospettarsi nell’ambito delle costruzioni quando risulti ignota la composizione e la consistenza del terreno da edificare. Risultando così opportuna la formulazione di

³⁶ Sull’argomento, cfr., BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. pen.*, 2006, 1, 441.

³⁷ Cfr., in questo senso, TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 21 (1) 189, la quale evidenzia gli obiettivi cui sono rivolte le linee guida nel settore medico, consistenti in particolare nel valorizzare le conoscenze sui percorsi terapeutico-diagnostici e sulle migliori tecnologie disponibili; nella riduzione della variabilità dei comportamenti medici; nel controllo dei costi dei trattamenti; nel trasferimento dei risultati della ricerca scientifica nella pratica clinica e infine tutela del paziente e del sanitario.

«raccomandazioni che tengano conto delle possibili conseguenze che derivano dallo scostamento della situazione concreta da ipotesi astratte maggiormente probabili»³⁸.

Dovendosi in ogni caso tener presente che ove i “protocolli” siano sufficientemente determinati, potrebbero assumere anche il carattere di regole cautelari idonee a trasformarsi anche in regole “permissive” definendo comunemente l’area in cui il rischio connesso all’attività del professionista sarebbe “permesso” dall’ordinamento³⁹.

3. “Sconfinamento” dall’area di rischio permesso ed accertamento della colpa.

Ove si ecceda la misura del rischio consentito, la specifica condotta non sarà più giuridicamente autorizzata in quanto realizzata “oggettivamente” in violazione delle norme cautelari che tale rischio miravano a prevenire, potendo dunque determinarsi la responsabilità colposa del soggetto, *ove però ne sussistano i presupposti*⁴⁰. L’imputazione della colpa si colloca dunque nello spazio in cui una condotta ecceda la misura del rischio consentito, producendo così l’evento tipico, quale effetto del rischio illecitamente innescato (c.d. concretizzazione del rischio), evento che il comportamento doveroso omesso avrebbe evitato con certezza o, quanto meno, con «significative probabilità» (c.d. causalità nella colpa)⁴¹. In definitiva in caso di colpa da «rischio non consentito» non ogni evento sarebbe ascrivibile al soggetto, ma solo quello che scaturisca dal detto «rischio non consentito» verificatosi per l’oggettiva inosservanza delle regole cautelari, che tale evento miravano a prevenire.

La violazione “oggettiva” della regola cautelare, sia essa strutturata secondo parametri generici ovvero secondo parametri specifici, rappresenta dunque la

³⁸ L’esempio è fornito da BRUSCO, *Cassazione e responsabilità penale del medico. Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590 sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 11, 212.

³⁹ Per parte della dottrina la violazione delle linee guida integrerebbe addirittura la colpa specifica, cfr., CAPUTO, *Filo d’Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 875; DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico: dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 1, 61; MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, 1-2, 91.

⁴⁰ V., MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 376 ss. che definisce “colpa speciale” quella relativa ad attività rischiose, ma giuridicamente autorizzate perché socialmente utili.

⁴¹ Cfr., i riferimenti bibliografici presenti *supra*, par. 1, nota n. 5.

prima fase logica dell'accertamento della colpa, alla quale deve seguire il giudizio sulla rimproverabilità del soggetto, che si può muovere solo a fronte della rappresentazione o rappresentabilità da parte del medesimo dello "sconfinamento", con la propria condotta, dei limiti del rischio lecito.

È dunque da condividere l'indirizzo che promuove un giudizio personalizzato sulla colpa, riferendolo alla sua componente psicologica⁴². Ne deriva la piena valorizzazione della rappresentabilità del fatto e della prevedibilità dell'evento⁴³, sia pur con limiti di un giudizio che ha in sé un ineliminabile margine di astrazione – che va tuttavia ridotto nei minimi termini – nella definizione degli *standard* di comportamento, quali termini da utilizzare nell'accertamento della componente psicologica della rappresentabilità.

Dunque, la piena valorizzazione della componente cognitiva o comunque psicologica della colpa, in linea con il principio di colpevolezza, implica l'accantonamento di un'accezione "iper-normativa" della colpa, voluta dal modello precauzionale⁴⁴, in cui tutto l'accertamento si concentra sull'oggettivo discostamento della condotta da uno *standard* di comportamento⁴⁵.

Così nel caso delle attività professionali, quali attività giuridicamente autorizzate, l'accertamento della violazione della regola cautelare che mirava a prevenire lo specifico evento verificatosi, secondo i canoni della c.d. concretizzazione del rischio, deve arricchirsi dell'indagine sulla prevedibilità dell'evento, da valutarsi secondo i parametri forniti dalle conoscenze nomologiche

⁴² In giurisprudenza si vedano sul punto le fondamentali acquisizioni della sentenza della Sezione Unite Ronci, Cass., Sez. un., 22 gennaio 2009, n. 22776, sulla responsabilità per morte del consumatore di stupefacenti ai sensi dell'art. 586 c.p., che consacra il principio della "individualizzazione" del rimprovero penale.

⁴³ Si condividono al proposito le considerazioni di DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1, 124 ss., in cui l'Autore a proposito della "colpevolezza colposa" assume che «la c.d. misura soggettiva della colpa è la vera misura della colpa *homo eiusdem professionis et conditionis*, dato che una colpa esclusivamente oggettiva, del tutto "unitaria", attestata sulla migliore scienza ed esperienza, sarebbe espressione di un livello di rischio o antiggiuridicità, ma non colpa come componente di un illecito umanistico».

⁴⁴ Segnala CASTRONUOVO, *Principio di precauzione*, cit., 32 s., come la «flessibilizzazione delle categorie dogmatiche del diritto penale a contatto con le esigenze di tutela poste dalla società contemporanea», con riferimento alla colpa, abbia deformato «in modo più o meno evidente, gli aspetti propriamente "cognitivi": la riconoscibilità del rischio o la prevedibilità del risultato».

⁴⁵ In senso critico sull'accezione iper-normativa, cfr., RONCO, *Descrizioni penali d'azione*, in *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, 2004, 265 ss.; CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., spec. 175 s.

dell'agente modello. Ciò tenendo presente che la descrizione dell'evento ai fini del giudizio di prevedibilità non può essere assunta in tutti i suoi dettagli, dovendosi considerare piuttosto, la categoria o classe di eventi, «giacché un fatto descritto in tutti i suoi accidentali ragguagli diviene inevitabilmente unico, irripetibile ed imprevedibile»⁴⁶.

Si conferma dunque pure che l'impoverimento del dato psicologico, con riferimento alla responsabilità per colpa professionale, si registra in ogni caso nell'approccio, per così dire, "oggettivante" che esaurisce l'accertamento della colpa medesima nella violazione della regola cautelare, e ciò soprattutto nei settori caratterizzati da un complesso di prescrizioni tecniche cui l'agente deve attenersi.

Tale processo è tanto più evidente con riferimento alla responsabilità del professionista nella misura in cui si concluda che il complesso corredo di regole tecniche, talvolta incorporate in linee guida o protocolli, che disciplinano specifici settori o specifiche attività, costituisca anche il perimetro entro cui il professionista sia legittimato a svolgere le proprie attività intrinsecamente rischiose. La mancata osservanza di regole, protocolli, buone pratiche, siano esse formalizzate o meno, riferibili allo specifico settore o attività, finisce dunque per costituire l'unico banco di prova in cui si esaurisce l'accertamento della colpa, in ciò elidendosi l'ulteriore imprescindibile momento consistente nel giudizio concretizzato e personalizzato sulla rappresentabilità o prevedibilità del fatto.

4. Ulteriore ricognizione delle principali questioni teoriche e applicative: i paradigmi dell'imputazione e le tendenze estensive della giurisprudenza. L'esito di addossare sul professionista non solo i rischi «immediati», connaturati alla risoluzione di problemi di speciale difficoltà, ma anche i rischi «remoti», ove le evoluzioni del progresso tecnico o scientifico non siano conosciute o conoscibili al momento del fatto è un approccio riconducibile al c.d. "principio di precauzione"⁴⁷. In particolare, secondo le logiche precauzionali l'intera sistematica

⁴⁶ V., BLAIOTTA, *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, in vol., in *Enc. dir.*, Milano, 2021, vol. *Reato colposo*, 1186, il quale nel sottolineare tale assunto richiama anche la giurisprudenza in particolare la nota sentenza delle Sezioni Unite Espenhahn, Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

⁴⁷ Sul «principio di precauzione», quale fonte ispiratrice della norma incriminatrice, in senso critico,

del reato, ma anche e preliminarmente le scelte valoriali dell'ordinamento, in alcuni settori nevralgici, sarebbero concepiti nella prospettiva di fronteggiare "rischi incerti" o comunque potenziali, dovuti all'incertezza scientifica che governa determinati settori o determinate attività, a differenza del modello preventivo, rivolto a impedire la concretizzazione di "rischi certi". Invero mentre nel modello preventivo la base predittiva è verificabile attraverso leggi scientifiche di copertura, la logica della precauzione, poggiando su basi scientifiche incerte, si risolverebbe in un «fattore espansivo» dell'area della responsabilità penale, in contrasto con i principi di offensività e colpevolezza⁴⁸.

ALESSANDRI, *Attività di impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 2, 565 ss.; CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; FORTI, "Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione", in *Criminalia*, 2006, 1, 161 ss.; PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 3, 1684 ss.; RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, 1743 ss. Per GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 1, 239, il principio di precauzione può ammettersi in una accezione "moderata", di limitata operatività, ove interessi «quelle attività, i cui supposti coefficienti di rischio, ancorché incerti ma plausibili, lasciano prefigurare conseguenze di sicura gravità, irreversibili e incalcolabili». Sul tema, cfr., altresì, DI VETTA, *Il principio di precauzione come tema della «società del rischio». L'incidenza sui criteri d'imputazione soggettiva (la colpa)*, in *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio». Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela ed equilibri di sistema*, a cura di De Francesco-Morgante, Torino, 2017, 157 s. Per un'analisi dell'approccio precauzionale negli indirizzi politico-legislativi, in particolare nella materia ambientale, cfr., CECCHETTI, *Diritto ambientale e conoscenze scientifiche tra valutazione del rischio e principio di precauzione*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 24, 26 s., il quale mette in rilievo come «Il c.d. "approccio precauzionale" finisce così per imporre non soltanto che la soglia di intervento dell'azione preventiva venga anticipata in misura tendenzialmente illimitata e, comunque, non predeterminabile in astratto, ma anche che le scelte sulle risposte da dare e sulle eventuali misure da adottare ad opera delle autorità pubbliche vengano ordinariamente prese in condizioni di incertezza, sulla base delle sole conoscenze scientifiche e tecniche "attualmente" e "progressivamente" disponibili». Sul passaggio dal modello preventivo a quello precauzionale, in ambito penale, cfr., CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza di Cassazione*, su www.penalecontemporaneo.it, 21 luglio 2011.

Per una indagine più ampia sullo statuto giuridico del «principio di precauzione» in altri rami di ordinamento, cfr., DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, XIX; nonché, con specifico riferimento alla normativa pubblicistica nella materia ambientale, cfr., CECCHETTI, *Diritto ambientale*, cit., 24 ss.

⁴⁸ V., MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 296, il quale segnala i rischi sull'imputazione della responsabilità derivanti da uno statuto epistemologico incerto, di fronte al quale «ogni controllo sulla ragionevolezza della pericolosità o dell'efficienza eziologica non solo è impossibile, ma è anche escluso in partenza perché eccentrico rispetto al modello esplicativo prescelto»; GARGANI, *La "flessibilizzazione"*

L'espansione della sfera delle responsabilità individuali risulta poi ulteriormente enfatizzata là dove i contributi professionali si innestano in attività proceduralizzate, determinandosi una interazione tra più soggetti, ritenuta di per sé fonte di rischi⁴⁹. In tali ipotesi si fa ricorso allo schema della *cooperazione colposa*, per lo più concepito, «secondo una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte»⁵⁰. Il che conduce ad estendere la responsabilità rispetto a contributi «spesso lontani cronologicamente o spazialmente dall'evento»⁵¹, e sulla base della semplice conoscenza della condotta altrui, senza il «*quid proprium* psicologico del concorso colposo» cioè la consapevolezza della «idoneità dannosa del rischio derivante dalla cooperazione»⁵².

In definitiva, per arginare tendenze di ampliamento della sfera delle responsabilità, anche ispirate ad una idea di efficienza del sistema repressivo che tuttavia deve essere ricondotta al rispetto delle “garanzie”, potrebbe prospettarsi l'esigenza di “puntellare” i presupposti della responsabilità penale del professionista, in conformità con la corretta ricostruzione delle categorie fondamentali dell'offesa, della causalità e della colpa.

In ciò anche valorizzando i migliori approdi giurisprudenziali, come quello fornito dalla Cassazione sulla vicenda del terremoto avvenuto all'Aquila nel 2009, che ha visto coinvolti gli scienziati membri della Commissione “Grandi rischi”, considerati responsabili in primo grado, e successivamente scagionati, in secondo grado e in Cassazione. In particolare, quest'ultima, confermando le statuizioni dei giudici del secondo grado e affrontando alcuni aspetti cruciali in

giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio, in *Leg. pen.*, 2011, 2, 397 ss.; nonché DI VETTA, *Il principio di precauzione*, cit., 158 s.; PENCO, *Limiti soglia e responsabilità colposa. Il ruolo incerto delle soglie quantitative, dalla colpa specifica al rischio consentito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 195 ss.

⁴⁹ V., MASUCCI, *Sul «rischio penale» del professionista*, Napoli, 2012, 139.

⁵⁰ Così argomenta per descrivere la tesi estensiva la stessa Cassazione a Sezioni Unite Espenhahn: Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343.

⁵¹ V., CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1125.

⁵² V., CONSULICH, voce *Rischio consentito*, cit., 1125.

ordine all'accertamento della condotta colposa e dei nessi di causalità psicologica. A partire dal principio secondo cui: «La regola cautelare, fondata sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento, ha riguardo ai casi in cui la verifica di questo, in presenza della condotta colposa, può ritenersi, se non certa, quantomeno possibile sulla base di elementi d'indagine dotati di adeguata concretezza e affidabilità, sia pure di solo di consistenza empirica e non scientifica. Essa, invece, non sorge in base al solo principio di precauzione, e quindi nei casi in cui l'evento dannoso venga ipotizzato in base al semplice "sospetto" che, in presenza di determinati presupposti, possano verificarsi eventi dannosi, quando non esistano conferme scientifiche di questo rischio e neppure massime di esperienza o evidenze empiriche in tal senso»⁵³. In ciò segnalando preliminarmente che l'imputazione di una responsabilità penale colposa non può scaturire dall'addebito di rischi incerti ma solo di quei rischi, certi, scaturenti dalla violazione di quelle regole cautelari che tali rischi miravano a prevenire, e comunque dovendosi trattare di rischi prevedibili.

5. *Il ruolo dell'art. 2236 c.c. nel contenimento della responsabilità penale "per colpa" del professionista.* Ulteriore snodo cruciale consiste nello stabilire se, là dove la definizione dello *standard* cautelare per attività rischiose consentite presenti profili di *particolare difficoltà tecnica*, si possa prospettare la necessità di verificare ai fini della responsabilità penale la misura della colpa, secondo il principio sancito nel ramo di ordinamento civilistico dal già richiamato art. 2236 c.c. che appunto limita - oltre che al dolo - alla *colpa grave* la responsabilità del prestatore d'opera, per la risoluzione di problemi di speciale difficoltà. In effetti, le difficoltà tecniche con cui si confronta il professionista nello svolgimento delle attività, trovano senz'altro un espresso riconoscimento nella formula dell'art. 2236 c.c., che la giurisprudenza civilistica applica con effetto di esonero della responsabilità per colpa lieve.

Nella materia penale, come è a tutti noto, questo limite ha incontrato notevoli ostacoli ad affermarsi, giovandosi di alterne aperture, in particolare, di recente, in rapporto alla responsabilità professionale del medico.

⁵³ Cfr., Cass., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, 46.

Si discusse in passato della compatibilità dell'art. 2236 c.c. con il principio di uguaglianza, di rilevanza costituzionale (art. 3 Cost.). Della questione fu investita la Corte costituzionale, che con la sentenza n. 166 del 1973, escluse l'illegittimità costituzionale della norma medesima, ammettendo altresì l'applicabilità del principio espresso dall'art. 2236 c.c. alla materia penale. La Corte Costituzionale dedusse la disciplina in tema di responsabilità penale dell'esercente una professione intellettuale - quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà - «dagli artt. 589 e 42 (e meglio, 43) del codice penale, in relazione all'art. 2236 del codice civile» e ciò quale «riflesso di una normativa dettata (come si legge nella relazione del Guardasigilli al codice civile n. 917) di fronte a due opposte esigenze, quella di non mortificare la iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie da parte del cliente in caso di insuccesso e quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista stesso»⁵⁴. La Corte costituzionale, pertanto, sancì che «solo la colpa grave e cioè quella derivante da errore inescusabile, dalla ignoranza dei principi elementari attinenti all'esercizio di una determinata attività professionale o propri di una data specializzazione, possa nella indicata ipotesi rilevare ai fini della responsabilità penale»⁵⁵. La Corte costituzionale ritenne infine che l'efficacia esonerante conferita al coefficiente di maggiore difficoltà fosse riscontrabile solo per l'ipotesi della colpa per imperizia⁵⁶.

Il Giudice delle leggi, pur trattando di un caso di responsabilità medica, assunse comunque il principio espresso dall'art. 2236 c.c. come principio riferibile a qualsiasi prestazione professionale, sempre che fosse di speciale difficoltà tecnica.

Sennonché, successivamente si è affermato un orientamento della giurisprudenza ordinaria volto ad escludere l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. alla materia

⁵⁴ Cfr., Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, par. 2.

⁵⁵ Cfr., Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, par. 2.

⁵⁶ Cfr., Corte cost., 28 novembre 1973, n. 166, par. 2, là dove la Corte ha previsto che «siffatta esenzione o limitazione di responsabilità (...) non conduce a dover ammettere che, accanto al minimo di perizia richiesta, basti pure un minimo di prudenza o di diligenza. Anzi, c'è da riconoscere che, mentre nella prima l'indulgenza del giudizio del magistrato è direttamente proporzionata alle difficoltà del compito, per le altre due forme di colpa ogni giudizio non può che essere improntato a criteri di normale severità».

penale, facendo leva sul carattere eccezionale della fattispecie⁵⁷. In definitiva potendo trovare espressione l'idea di una graduazione della colpa nel sistema penale esclusivamente ai fini della determinazione della pena ai sensi dell'art. 133 c.p. o come circostanza aggravante secondo quanto disposto dall'art. 61 n. 3 c.p.

Le rilevate oscillazioni da parte della giurisprudenza di legittimità sono successivamente confluite in indirizzi giurisprudenziali ambigui, con sentenze nelle quali, pur affermandosi che la colpa deve essere valutata alla stregua dell'art. 43 c.p., secondo il principio di "autosufficienza" del sistema penale, hanno assunto un atteggiamento più aperto, con specifico riferimento al settore medico, rimarcando che «l'accertamento della colpa professionale del sanitario deve essere valutata con larghezza e comprensione per la peculiarità dell'esercizio dell'arte medica e per la difficoltà dei casi particolari ma, pur sempre nell'ambito dei criteri dettati per l'individuazione della colpa medesima dall'art. 43 c.p.»⁵⁸.

La giurisprudenza più recente, pur partendo dall'assunto della non applicabilità "diretta" del criterio di cui all'art. 2236 c.c. alla materia penale, ammette, comunque (ma solo limitatamente alla colpa professionale del medico) l'impiego del criterio medesimo quando il caso specifico imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà, inteso quale "regola di esperienza" cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia⁵⁹.

⁵⁷ Cfr., per tutte, Cass., 22 marzo 1984, Conti, in *Riv. pen.*, 1984, 976; Cass., Sez. IV, 16 giugno 2005, n. 28617, in *Cass. pen.*, 2005.

⁵⁸ Cfr., per tutte, Cass., Sez. IV, 22 febbraio 1991, Lazzeri, in *Cass. pen.*, 1992, 2756.

⁵⁹ Cfr., *ex pluribus*, Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, secondo cui «L'art. 2236 c.c. (rubricato "responsabilità del prestatore d'opera"), sebbene non direttamente esportabile nel diritto penale, è espressione del principio di razionalità: situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione. Tale principio, che assegna rilevanza solo alla colpa grave, può trovare applicazione in ambito penalistico come regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà», nonché Cass., Sez. IV, 26 aprile 2011, n. 16328, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 369, secondo la quale l'art. 2236 c.c. esprimerebbe «un criterio di razionalità del giudizio», che anche se non direttamente applicabile al diritto penale, potrebbe invocarsi «come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

L'approccio "cauto" della giurisprudenza si rinviene anche nella sentenza delle Sezioni Unite del 2017, le quali, sempre riferendosi alla responsabilità medica, per giustificare l'eventuale esonero del sanitario in caso di colpa lieve, e solo in caso di imperizia, rinviano al principio espresso dall'art. 2236 c.c.⁶⁰, inteso appunto quale «principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia», mentre le altre ipotesi di colpa generica rimarrebbero regolate secondo i principi generali fissati dall'art. 43 c.p.⁶¹. Sempre in prospettiva restrittiva la medesima sentenza interpreta il richiamo al rispetto delle linee guida, di cui all'art. 590 *sexies*, co. 2, c.p., riferendolo alla sola fase di applicazione di linee guida medesime, ed escludendo di converso, che l'esonero possa ammettersi rispetto alla fase precedente, relativa alla scelta delle linee guida da adottare nel caso concreto⁶².

In definitiva, l'esame sia pur sintetico della giurisprudenza in ordine all'applicabilità alla materia penale del principio generale espresso dall'art. 2236 c.c., che nella sua corretta interpretazione indica che la speciale difficoltà della prestazione professionale giustifica una maggiore scusabilità dell'operato del professionista, con esclusione della responsabilità per colpa lieve, fa emergere una progressiva limitazione da parte della giurisprudenza del principio medesimo. Innanzi tutto, l'esonero per colpa lieve è stato da sempre declinato esclusivamente in relazione al settore medico, con l'effetto di lasciare così sguarniti altri settori in cui il professionista sia comunque chiamato ad affrontare compiti di elevata difficoltà tecnica, anche dietro l'ausilio di linee guida, con il rischio una irragionevole disparità di trattamento, e conseguente violazione dell'art. 3 Cost.⁶³.

⁶⁰ Ciò è quanto sostengono peraltro le stesse Sezioni Unite nella sentenza Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770.

⁶¹ Cfr., Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, cit., par. 10.2.

⁶² Cfr., Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, cit., par. 9.1.

⁶³ La giurisprudenza è nel senso di escludere che tale rischio si presenti: cfr., ad esempio, Cass, Sez. IV, 19 novembre 2015, cit., par. 22, secondo cui «A giudizio di questa Corte, l'interpretazione più recente dell'art. 2236 c.c. fornita dalla giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità penale permette di ritenere che lo statuto della colpa professionale non sia irragionevolmente squilibrato a vantaggio esclusivo del personale sanitario - ed anzi di parte di esso -, ma espressivo nel complesso di un più articolato equilibrio».

Inoltre, tale esonero è stato concepito nella prospettiva di assumere la “speciale difficoltà” della prestazione limitatamente all’osservanza delle regole di perizia, con esclusione delle altre forme della colpa generica, e per la sola fase esecutiva della prestazione. In definitiva escludendo presuntivamente che la fase antecedente di scelta delle cautele da adattarsi al caso concreto presenti profili di complessità tecnica.

Ma ciò contrariamente alle evidenze concrete. Basti pensare alle ipotesi in cui si sovrappongono plurime prescrizioni, con esigenza di un “aggiornamento” scientifico delle medesime, o di adeguamento a standard scientifici fissati in ambienti internazionali rimesso alle valutazioni del singolo professionista. Oppure si consideri anche l’ipotesi in cui le cautele formalizzate in apposite linee guida siano lacunose o del tutto mancanti, finendo così il professionista per essere maggiormente responsabilizzato a causa delle inefficienze del progresso scientifico. Dovendosi dunque riconoscere, anche rispetto alle esemplificazioni sinteticamente richiamate, ove si confermino profili di speciale difficoltà proprio nelle scelte degli standard scientifici, contenuti o meno in linee guida o protocolli, gli estremi di un esonero per colpa lieve.

6. *Segue. La limitazione della responsabilità penale del professionista per colpa lieve sulla base dell’esempio fornito dall’art. 590 sexies c.p. in materia medica.* Certamente l’attenzione della giurisprudenza circa la riferibilità dell’esonero previsto dall’art. 2236 c.c. alla responsabilità del medico è senza dubbio stata condizionata dalla circostanza che tale settore ha posto in termini molto stringenti il problema del bilanciamento tra le opposte esigenze alla base dell’esercizio di attività rischiose ma socialmente utili. In particolare, in questo ambito, a differenza di altri dell’ordinamento come quello della circolazione stradale o della sicurezza sul lavoro, tale bilanciamento è stato concepito, in tutte le sue evoluzioni, con un approccio garantistico nei confronti dell’operato del medico, volto dunque a circoscrivere la sfera di responsabilità colposa del medesimo⁶⁴.

⁶⁴ Cfr., BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 maggio 2018.

Tradizionalmente, come visto, il limite a detta responsabilità si è espresso sul piano della colpevolezza, facendo richiamo, appunto al principio espresso nell'ordinamento civilistico dall'art. 2236 c.c., inteso come limitazione della responsabilità del medico circoscritta al solo profilo della perizia, rimanendo le altre ipotesi di colpa regolate secondo i criteri generali.

La prospettiva garantistica espressa dall'ordinamento nei confronti degli esercenti professioni sanitarie è convogliata nell'esigenza di una definizione normativa dei presupposti della medesima, innanzi tutto attraverso la L. 8 novembre 2012, n. 189, art. 3/1, c.d. decreto Balduzzi, che aveva escluso la responsabilità penale del sanitario per "colpa lieve", ove questi avesse osservato le linee guida e le buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica⁶⁵. La formula di legge, a parere della dottrina, si collocava in linea con i principi già espressi dall'art. 2236 c.c., tenendo così conto delle speciali difficoltà delle attività professionali, comportanti un rischio non completamente dominabile, in più specificando le specifiche ragioni dell'esonero che contrassegnano l'attività del medico⁶⁶. In particolare, l'art. 3 del decreto Balduzzi assumendo la responsabilità del medico perlopiù nello schema della colpa per imperizia, conferiva alle linee guida e alle buone prassi "scientificamente accreditate" il ruolo di regole cautelari permissive, tali da definire l'area del rischio lecito, entro la quale l'attività del sanitario sarebbe stata comunque "oggettivamente" lecita. Di conseguenza ogni accertamento in merito alla colpa si sarebbe potuto determinare a partire dal superamento di tale confine, per non aver il sanitario correttamente "adottato" le linee-guida e le buone pratiche adeguate al caso concreto, con esclusione in ogni caso della responsabilità per "colpa lieve".

La formula voluta dal decreto Balduzzi aveva sollevato diversi dubbi interpretativi, sia in ordine alla linea di demarcazione tra colpa lieve e colpa grave, sia in ordine alla genericità del riferimento alle linee guida, di cui sarebbe stato

⁶⁵ Sul ruolo delle linee guida e delle raccomandazioni nella colpa medica, cfr., per tutti, DILANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 140 ss.; in particolare sulla riforma attuata dal c.d. "decreto Balduzzi", cfr., CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, cit., 875 ss.

⁶⁶ Così FIORELLA, *Tra legge e giudice: sui limiti penali dell'esonero del sanitario per colpa lieve*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, a cura di Plantamura-Salcuni, Pisa, 2020, 275 s.

demandato al giudice l'accertamento in ordine al fatto che fossero "scientificamente accreditate".

Dalle irrisolte questioni interpretative ne è scaturita la scelta legislativa di abrogare la fattispecie con la L. 8 marzo 2017, n. 24, c.d. legge Gelli-Bianco, la quale ha contestualmente introdotto nel Codice penale l'art. 590 *sexies* c.p., rubricato, "responsabilità per morte e lesioni personali in ambito sanitario". Quest'ultima fattispecie prevede l'esclusione della responsabilità penale del sanitario per morte o lesioni colpose «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». Con una formula che sembrerebbe circoscrivere un limite alla responsabilità solo per il rispetto da parte del sanitario delle regole di perizia, non operando per le altre ipotesi di colpa generica, consistenti nella negligenza e imprudenza⁶⁷.

Per parte della dottrina la formula avrebbe la portata di causa di esclusione della punibilità in senso stretto, quindi non incidente né sulla struttura oggettiva né sulla colpevolezza⁶⁸.

Per altra dottrina, la formula di legge conferirebbe alle linee guida la portata di regole permissive, tali da circoscrivere già dal punto di vista materiale l'area di rischio lecito⁶⁹.

Secondo quest'ultima prospettiva la formula introdotta nel Codice penale dalla legge Gelli-Bianco avrebbe definito il solo elemento materiale dell'imperizia, non incidendo così sulla misura della colpa rilevante, a differenza della precedente formula introdotta dal decreto Balduzzi del 2012⁷⁰. Con la conseguenza che la disciplina della colpa, sia pur per imperizia, nella sua componente psicologica, è aspetto che non sarebbe toccato dalla formula dell'art. 590 *sexies* c.p. In definitiva riprendendo le corrette considerazioni della dottrina sul punto, con tale formula il legislatore «ha ridefinito la disciplina limitativa della

⁶⁷ V., FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 275 s.

⁶⁸ V., in questo senso, MANTOVANI, *Diritto penale*¹, Padova, 2020, 380.

⁶⁹ V., FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 272 s.

⁷⁰ V., in questo senso, FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 275 s.

responsabilità colposa in ambito medico abbandonando del tutto la strada della colpevolezza e imboccando quella della legalità», legalità che comunque viene «stemperata» attraverso il richiamo all'attinenza al caso concreto⁷¹.

L'attenzione dell'interprete in sede applicativa dovrà dunque rivolgersi al corretto adeguamento delle linee-guida al caso specifico, che, ove sussistente, consentirebbe alle linee guida medesime di entrare a far parte della tipicità della fattispecie, escludendo, se osservate, la responsabilità del sanitario già dal punto di vista oggettivo.

Nella concreta attuazione di questo impianto, è dunque decisiva la predisposizione di linee guida "affidabili" che siano "legalmente date" o comunque accreditate dal punto di vista scientifico, in ciò mutuando il riferimento valorizzato dal decreto Balduzzi, nella precedente formula dell'art. 590 *sexies* c.p.

Il fondamento scientifico delle linee guida e la loro validità rispetto al caso concreto dovranno dunque essere vagliati dal giudice, anche tenendo conto dei margini di elasticità che caratterizzano le raccomandazioni in esse contenute. Il portato della nuova formula dell'art. 590 *sexies* c.p. risulta marcatamente garantistico nel circoscrivere questa area di «rischio oggettivamente permesso», la cui rilevanza precede ogni accertamento di carattere psicologico, sulla eventuale colpa del sanitario.

Del resto, che la formula espressa dall'art 590 *sexies* c.p. non si occupi dell'accertamento dell'elemento soggettivo è dato confermato anche dalla mancata menzione della "colpa" nella formula di legge, scelta quest'ultima molto criticata dagli interpreti, sia in ambito dottrinario che giurisprudenziale⁷².

Ciò comporterebbe comunque che l'elemento psicologico e in particolare la colpa andrebbe accertata secondo i principi generali espressi dall'art. 43 c.p.⁷³, trattandosi di stabilire in che limiti sia impiegato il principio della maggiore scusabilità della prestazione professionale nella risoluzione di problemi tecnici

⁷¹ Cfr., BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite*, cit., 241.

⁷² L'omessa menzione alla disciplina della colpa ha anche determinato i contrasti interpretativi che sono confluiti nella rimessione alle stesse Sezioni unite. In questa sede il Procuratore Generale nella sua requisitoria ha richiesto addirittura la trasmissione alla Corte costituzionale eccependo un *deficit* di tassatività della norma, che tuttavia è stato escluso dalle Sezioni Unite: cfr., Cass., Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, par. 5.

⁷³ Così FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 275.

di speciale difficoltà, secondo il disposto – come ricordato – dell’art. 2236 c.c. La questione sarà approfondita nel paragrafo che segue.

7. Segue. Approfondimento dell’analisi dell’art. 2236 c.c., quale disciplina particolare espressiva di un principio generale, e accertamento della colpa del professionista. I segnalati limiti posti dalla giurisprudenza all’applicabilità del principio espresso dall’art. 2236 c.c., di esonero per la colpa lieve nell’esercizio delle attività professionali che presentino profili di particolare complessità, ad avviso della scrivente, non sono condivisibili, perché del tutto ingiustificati⁷⁴.

Va ribadita, infatti, la portata generale del principio espresso dall’art. 2236 c.c., che sarebbe confermata da evidenti ragioni di logica dell’intero sistema, «essendo incoerente ammettere la responsabilità penale per colpa là dove la responsabilità civile sia esclusa»⁷⁵, e nello specifico dalla stessa sistematica della colpa, secondo cui ove l’attività concreta assuma connotati di particolare complessità, dovranno comunque riconoscersi più ampi margini di scusabilità dell’atto, con esclusione della rilevanza della colpa lieve⁷⁶.

In definitiva la dottrina ha segnalato un aspetto nevralgico della disciplina. Deve escludersi che l’art. 2236 c.c. sia una norma di privilegio, integrando invece l’espressione particolare di un principio generale in base al quale alla maggiore difficoltà della prestazione intellettuale corrisponde una maggiore scusabilità⁷⁷. Da questa fondamentale premessa discendono diverse conseguenze logiche ed interpretative, che prescindono persino da una semplice classificazione delle diverse figure di colpa, con l’effetto di escludere limiti all’applicabilità dell’esonero previsto dall’art. 2236 c.c. per i diversi settori professionali, altrimenti determinandosi non soltanto un effetto discriminatorio, ma anche una imprecisa comprensione dei principi che governano l’accertamento della colpa.

Inoltre, dovendo riconoscersi le ragioni dell’esonero per colpa lieve non solo rispetto alla fase esecutiva di attuazione delle cautele formalizzate nelle linee

⁷⁴ Parla di arbitrarietà delle limitazioni giurisprudenziali all’applicabilità dell’art. 2236 c.c., FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 281.

⁷⁵ Così PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 333.

⁷⁶ V., FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 278.

⁷⁷ V., FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 277 s.

guida, ma dovendosi estendere l'esonero medesimo anche alla fase di individuazione delle cautele rilevanti, siano esse incorporate o meno in linee guida, là dove la non corretta individuazione delle medesime sia scaturita proprio alla speciale difficoltà tecnica dell'attività intrapresa⁷⁸.

Profili di speciale difficoltà possono integrarsi anche per la mancanza o insufficienza dei dati esperienziali ovvero per l'incompiutezza del progresso nella ricerca scientifica, e dunque per la mancanza di regole formalizzate e protocolli da adottare nel caso concreto. Sempre per stabilire un parallelo con quanto stabilito nella materia medica dalle Sezioni Unite, per queste ultime tali ipotesi sarebbero addirittura estranee all'ambito applicativo dell'esonero previsto nella responsabilità medica dall'art. 590 *sexies* c.p. Con la conseguenza, tuttavia, che sempre nel campo specifico della materia medica la mancanza di dati esperienziali e scientifici relativi ad una determinata patologia, costituirebbe un fattore di aggravamento nell'addebito dell'eventuale responsabilità colposa del sanitario, piuttosto che un fattore attenuante della medesima, con conseguente disparità di trattamento a danno dei medici e sanitari che sarebbero maggiormente colpiti proprio in situazioni che presenterebbero una maggiore difficoltà tecnica, per il loro carattere di novità e per l'assenza di dati esperienziali al riguardo⁷⁹.

Tali considerazioni valgono comunque in generale in ogni settore della responsabilità professionale, dal momento che se la logica dell'esonero per colpa lieve si lega alla speciale difficoltà tecnica della prestazione professionale,

⁷⁸ In questo senso v., FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 279 s., secondo cui riferire il "rispetto" alla sola fase esecutiva integrerebbe una deduzione "un po' troppo formalistica" e probabilmente dettata dall'esigenza di «restringere quanto più possibile l'ambito della norma di favore».

⁷⁹ Basti pensare al proposito ai molteplici profili di criticità che si sono prospettati per i medici e i sanitari nella gestione della pandemia da Covid 19, soprattutto rispetto alla individuazione delle cure per contrastare un virus inizialmente ignoto nella sua eziopatogenesi: sulla questione, cfr., RISCATO, *La metamorfosi della colpa medica nell'era della pandemia*, in www.discrimen.it, 25 maggio 2020, la quale (p. 4) ha mettendo in rilievo la non riconducibilità dell'emergenza Covid a linee guida consolidate, ha evidenziato come «la soluzione più affidabile è quella di limitare la responsabilità per negligenza, imprudenza e imperizia del sanitario ai soli casi di colpa grave». Profili che si sono ulteriormente complicati con riferimento alla fase di somministrazione del vaccino, per la quale è stata addirittura introdotta una causa di non punibilità che schermasse i sanitari da eventuali eventi infausti che ne potevano derivare. Sul tema cfr., per tutti, MASSARO, *Responsabilità penale per morte o lesioni derivanti dalla somministrazione del vaccino anti Sars-Cov-2: gli "anticorpi" dei principi generali in materia di colpa penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, 3, 683 ss.

quest'ultima si deve considerare addirittura accresciuta dalla mancanza di dati esperienziali formalizzati, i quali dovranno dunque valutarsi a favore del professionista nell'accertamento della responsabilità colposa.

8. *Spunti dal modello della responsabilità penale del sanitario quale possibile paradigma della responsabilità penale del professionista, con particolare riferimento al settore edile e delle costruzioni. Testo relativo alle "Norme tecniche sulle costruzioni" e perimetro del rischio permesso.* Il dibattito che si è sviluppato sulla previsione di limiti alla responsabilità penale per colpa del medico, e confluito negli interventi legislativi prima richiamati, a mio sommo avviso, potrebbe ispirare analoghe riflessioni con riferimento ad altri settori professionali⁸⁰.

E ciò a maggior ragione rispetto a quei settori in cui si registrano, come per la responsabilità colposa del medico, approcci estensivi da parte della giurisprudenza, che si esprimono sia dal punto di vista della sfera di imputazione oggettiva che soggettiva.

Così anche con riferimento al settore edile e delle costruzioni, si rinvengono i segnalati indirizzi giurisprudenziali volti ad attribuire la titolarità di posizioni di garanzia, anche in mancanza di veri e propri poteri di impedimento dell'evento, con l'effetto di una moltiplicazione delle figure dei garanti⁸¹. Mentre talvolta l'effettiva o presunta titolarità di posizioni di garanzia esaurisce l'accertamento della responsabilità omissiva, assorbendo anche la verifica in ordine alla colpa⁸².

⁸⁰ In questo senso si sono espressi BARTOLI, *Riforma Gelli-Bianco e Sezioni Unite*, cit., 248; CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 419 ss.; BRUSCO, *Responsabilità penale medica: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 5, 646. DONINI, *L'elemento soggettivo*, cit., 124 ss., propone che, per l'affermazione della colpevolezza, si preveda la colpa grave come principale titolo dell'imputazione colposa, che prospetta quale limite *de iure condendo* della rilevanza penale, con effetto generale nel diritto penale (quindi non solo in campo sanitario).

⁸¹ In giurisprudenza nel senso di attribuire la responsabilità omissiva colposa in assenza della titolarità di un obbligo giuridico di impedimento dell'evento, cfr., *ex pluribus*, Cass., Sez. IV, 15 marzo 2022, n. 10351, che ha riconosciuto la responsabilità del rappresentante legale dell'associazione temporanea di imprese, in considerazione del ritenuto obbligo di vigilanza; nel senso di ascrivere una posizione di garanzia in capo all'ingegnere in considerazione della «creazione di una fonte di pericolo», e non per la titolarità di obblighi giuridici di impedimento, Cass., Sez. IV, 27 aprile 2006, n. 38410.

⁸² Cfr., Cass., Sez. IV, 8 luglio 2016, n. 2378, che nell'attribuire la responsabilità al direttore dei lavori e al direttore tecnico di cantiere per cooperazione colposa nel crollo colposo di costruzioni riduce dalla

Questo «intreccio tra garanzia e colpa»⁸³ si traduce di fatto in un impoverimento dei contenuti psicologici della colpa medesima, tutto riducendosi alla verifica del coinvolgimento dell'agente nella gestione del rischio o tutt'al più alla verifica della violazione da parte del medesimo di un dovere di diligenza⁸⁴, venendo tuttavia meno un compiuto accertamento sulla componente cognitiva della colpa, consistente nella "prevedibilità" in concreto dell'evento da parte del professionista e conseguentemente in una estensione della sua sfera di responsabilità.

Sicuramente nell'accertamento della responsabilità colposa del professionista, in ogni settore, ci si richiama, anche per la verifica della speciale difficoltà della prestazione, all'apparato di norme tecniche rilevanti per materia, siano essi codici normativi, linee guida ovvero buone pratiche, non solo perché tale verifica contribuisce a definire il c.d. momento oggettivo della colpa, ma anche perché, preliminarmente, là dove queste regole fissino parametri determinati, possono assumersi - come già rilevato - nella loro portata di regole permissive e come tali idonee a circoscrivere il rischio permesso. Ciò a maggior ragione in quei settori, come quello delle costruzioni, in cui le linee guida, hanno un carattere tendenzialmente stabile e le prescrizioni in esso contenute una struttura fondamentalmente rigida⁸⁵.

In particolare, nella materia edile e delle costruzioni, regole e protocolli tecnici relativi alla progettazione e messa in opera delle diverse tipologie di costruzioni,

titolarità della posizione di garanzia ogni accertamento in merito alla colpa, tralasciando radicalmente di motivare soprattutto sotto il profilo della componente psicologica, in ordine alla prevedibilità dell'evento sismico. Cfr., altresì, Cass., Sez. IV, 21 febbraio 2008, n. 18445, secondo la quale il direttore dei lavori è «responsabile per colpa del crollo di costruzioni anche nel caso di sua assenza dal cantiere dovendo esercitare un'oculata attività di vigilanza sull'esecuzione delle opere e in caso di necessità adottare adeguate precauzioni d'ordine tecnico». La sentenza non solo omette di accertare in concreto la titolarità in capo al direttore dei lavori di un obbligo di impedimento, potendo questi averlo delegato ad altri, ma finisce altresì per "appiattare" l'accertamento della colpa riducendone l'oggetto alla presunta titolarità della posizione di garanzia.

⁸³ L'espressione è di BLAIOTTA, *La responsabilità medica*, cit., 5.

⁸⁴ Sulla distinzione tra dovere di garanzia e dovere di diligenza, cfr., da ultimo, perspicuamente, BRUNELLI, *Riflessioni sulla condotta*, cit., 103 ss., il quale rileva (107) come «nella prassi i due "momenti" giuridici dell'omissione impropria non sono effettivamente così separabili, soprattutto quanto alle fonti da cui sorge la pretesa della garanzia e la pretesa della diligenza».

⁸⁵ V., BRUSCO, *Cassazione e responsabilità del medico: Tipicità e determinatezza nel nuovo art. 590sexies c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 novembre 2017, 213.

sono contenuti in un vero e proprio testo unico, intitolato “*Norme tecniche per le Costruzioni*” (NTC)⁸⁶. Si tratta di un apparato dettagliato di regole tecniche che «definiscono i principi per il progetto, l’esecuzione e il collaudo delle costruzioni, nei riguardi delle prestazioni loro richieste in termini di requisiti essenziali di resistenza meccanica e stabilità, anche in caso di incendio, e di durabilità». In particolare, tali regole «forniscono i criteri generali di sicurezza, precisano le azioni che devono essere utilizzate nel progetto, definiscono le caratteristiche dei materiali e dei prodotti e, più in generale, trattano gli aspetti attinenti alla sicurezza strutturale delle opere»⁸⁷. Con la clausola di chiusura in base alla quale «per quanto non espressamente specificato nel presente documento, ci si può riferire a normative di comprovata validità e ad altri documenti tecnici elencati nel Cap. 12, in particolare quelle fornite dagli Euro-codici con le relative Appendici Nazionali costituiscono indicazioni di comprovata validità e forniscono il sistematico supporto applicativo delle presenti norme». Il corpo normativo è strutturato per tipologie di opera⁸⁸, prevedendo per ciascuna di queste le caratteristiche di materiali e le caratteristiche costruttive. Alcune prescrizioni in esso contenute assumono un carattere procedurale, pertanto non possono considerarsi regole cautelari, in ragione della lontananza tra misura in esse contenute ed evento che si intende prevenire.

⁸⁶ Le Norme tecniche per le costruzioni sono state da ultimo aggiornate con decreto ministeriale del 2018, dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti. Queste sono state emesse ai sensi delle L. 5 novembre 1971, n. 1086, e 2 febbraio 1974, n. 64, così come riunite nel Testo Unico per l’Edilizia di cui al DPR 6 giugno 2001, n. 380, e dell’art. 5 del DL 28 maggio 2004, n. 136, convertito in legge, con modificazioni, dall’art. 1 della L. 27 luglio 2004, n. 186 e ss. In particolare, l’art. 60 del TU edilizia (DPR 380/2001), aggiornato nel 2022, intitolato “Emanazione delle norme tecniche” prevede che «1. Il Ministro per le infrastrutture e i trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici che si avvale anche della collaborazione del Consiglio nazionale delle ricerche, predispone, modifica ed aggiorna le norme tecniche alle quali si uniformano le costruzioni di cui al capo secondo».

⁸⁷ Cfr., art. 1, intitolato “Oggetto”, del decreto ministeriale del 17 gennaio 2018.

⁸⁸ In particolare, il corpo normativo prevede nei primi capitoli, dall’uno al tre, regole generali relative all’“Oggetto” (capitolo 1), alla “Sicurezza e prestazioni attese” (capitolo 2), alle “Azioni sulle costruzioni” (capitolo 3), distinguendo le principali azioni da considerare a seconda dei seguenti tipi di intervento: “opere civili e industriali”, “azione sismica”, “azione del vento”, “azioni della neve”, “azioni della temperatura”, “azioni eccezionali”, tra cui è menzionato l’incendio. Nei capitoli successivi si analizzano per tipologie di opere quali costruzioni civili e industriali (capitolo 4); ponti (capitolo 5); progettazione geotecnica (capitolo 6); progettazione per azioni sismiche (capitolo 7); costruzioni esistenti (capitolo 8); collaudo statico (capitolo 9); redazione dei progetti strutturali esecutivi e relazioni di calcolo (capitolo 10); materiali e prodotti ad uso strutturale (capitolo 11); riferimenti tecnici (capitolo 12).

Ove le regole cautelari abbiano invece contenuto prescrittivo, e sufficientemente «rigido», possono assumersi alla stregua delle regole “permissive”, e come tali idonee a definire, come precisato, l’area “oggettiva” di rischio lecito rispetto all’attività del professionista che a tali regole si adegua.

Così, ad esempio, nel capitolo dedicato alle costruzioni civili e industriali, in particolare con riferimento alle “Costruzioni in calcestruzzo” (v. capitolo 4 del testo unico), sono previste preliminarmente prescrizioni relative alla “Valutazione della sicurezza e metodi di analisi”, da considerarsi quali regole procedurali, in quanto prive di prescrizioni modali sulle attività da intraprendere, e come tali non assumendo la portata di regole cautelari a contenuto prescrittivo⁸⁹.

Quando poi si passa alla “verifica degli stati limite” e ai “dettagli costruttivi” di tutti gli elementi strutturali (capitolo 4 par. 1.6 e ss.), sono fornite le indicazioni applicative necessarie, attraverso “regole modali”, aventi consistenza prescrittiva, perlopiù di portata “rigida”, per l’estrema precisione nella definizione delle attività da svolgere, in ordine alle misurazioni, impiego di materiali e controlli, per il conseguimento dell’obiettivo consistente nella *sicurezza strutturale delle opere*⁹⁰.

⁸⁹ Cfr., al proposito quanto precisato sempre dalla Cassazione nella sentenza “Grandi Rischi” (Cass., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478) secondo la quale «Si può quindi escludere che l’attività che va sotto il nome di “valutazione del rischio” costituisca in via ordinaria il contenuto di una regola cautelare; potrà esserlo quando particolari elementi la propongano come misura direttamente incidente su uno specifico evento pregiudizievole. diversamente la prescrizione che attribuisce il compito di eseguire la valutazione del rischio è da ritenersi norma attributiva di un compito doveroso, le cui modalità di adempimento risultano identificabili *aliunde*».

⁹⁰ A titolo esemplificativo, si guardi alle prescrizioni relative ai “Dettagli costruttivi per il calcestruzzo armato precompresso”: di cui al Capitolo 4, § 4.1.8.2: «Con riferimento ai dettagli costruttivi degli elementi strutturali in calcestruzzo armato precompresso, ai punti seguenti del presente paragrafo vengono fornite le indicazioni applicative necessarie per l’ottenimento delle prescritte prestazioni. 4.1.8.2.1 Armatura longitudinale ordinaria: Nelle travi precomprese con esclusione delle sezioni di giunto delle travi a conci prefabbricati, anche in assenza di tensioni di trazione in combinazione rara, la percentuale di armatura longitudinale ordinaria non dovrà essere inferiore allo 0,1% dell’area complessiva dell’anima e dell’eventuale ringrosso dal lato dei cavi. Nel caso sia prevista la parzializzazione della sezione in esercizio, le barre longitudinali di armatura ordinaria devono essere disposte nella zona della sezione che risulta parzializzata. 4.1.8.2.2. Staffe. Nelle travi dovranno disporsi staffe aventi sezione complessiva non inferiore a quanto prescritto al punto § 4.1.6.1.1. In prossimità di carichi concentrati o delle zone d’appoggio valgono le prescrizioni di cui al § 4.1.2.3.5. In presenza di torsione valgono le prescrizioni di cui al § 4.1.2.3.6.» nonché alla “Esecuzione delle opere in calcestruzzo armato precompresso”; § 4.1.8.3: «Per quanto riguarda lo strato di ricoprimento di calcestruzzo necessario alla protezione delle armature dalla corrosione,

In definitiva le regole che per tipologie di costruzioni forniscano indicazioni puntuali in ordine ai materiali e alle tecniche di costruzione sono tali da circoscrivere l'area di rischio lecito in cui si muove il professionista, conferendo alla condotta di quest'ultimo, che sia rispettosa dei parametri medesimi, carattere di liceità. Pertanto, ove quest'ultimo si adegui a tali prescrizioni l'attività compiuta potrà considerarsi esente da responsabilità sotto il profilo oggettivo. Solo ove le regole "permissive" siano violate potrà porsi il problema della verifica degli estremi della responsabilità colposa, che dovrà essere accertata secondo i principi generali, tra cui rientra anche il principio della scusabilità della colpa in considerazione della particolare difficoltà tecnica dell'attività, nei termini espressi dall'art. 2236 c.c. Tali difficoltà potrebbe presentarsi ad esempio a fronte di situazioni di variabilità ambientali e/o strutturali che impongano al professionista una verifica del caso concreto e, se del caso, un adattamento rispetto alle prescrizioni imposte.

Naturalmente nella materia edile si dovrà tener conto anche dell'apparato di prescrizioni previste in materia anti-infortunistica, contenute nel testo unico sulla sicurezza, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81. Si tratta di un sistema di cautele particolarmente pervasivo⁹¹, caratterizzato da regole a contenuto rigido e specifico, e da altre a contenuto elastico, per le quali si richiede un adattamento alle contingenze concrete o al progresso tecnico e scientifico; sistema poi ulteriormente

si rimanda al § 4.1.6.1.3. Nel caso di armature pretese, nella testata i trefoli devono essere ricoperti con adeguato materiale protettivo, o con getto in opera. Nel caso di armature post-tese, gli apparecchi d'ancoraggio della testata devono essere protetti in modo analogo. All'atto della messa in tiro si debbono misurare contemporaneamente la forza applicata e l'allungamento conseguito. Per prodotti marcati CE si applicano le procedure di controllo previste dalle pertinenti norme europee armonizzate. La distanza minima netta tra le guaine deve essere commisurata sia alla massima dimensione dell'aggregato impiegato sia al diametro delle guaine stesse in relazione rispettivamente ad un omogeneo getto del calcestruzzo fresco ed al necessario sviluppo delle tensioni di aderenza con il calcestruzzo. I risultati conseguiti nelle operazioni di tiro, le letture ai manometri e gli allungamenti misurati, vanno registrati in apposite tabelle e confrontate con le tensioni iniziali delle armature e gli allungamenti teorici previsti in progetto. La protezione dei cavi scorrevoli va eseguita mediante l'iniezione di adeguati materiali atti a prevenire la corrosione ed a fornire la richiesta aderenza. Per la buona esecuzione delle iniezioni è necessario che le stesse vengano eseguite secondo apposite procedure di controllo della qualità».

L'estrema precisione delle prescrizioni richiamare rende difficile per il professionista che le rispetti, ovviamente tenendo conto delle particolarità del caso concreto, incorrere in responsabilità già dal punto di vista oggettivo.

⁹¹ Così BLAIOTTA, *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, cit., 1173.

arricchito di tutto il corredo di cautele frutto del processo di auto-normazione, che il datore di lavoro dovrà prevedere nel documento di valutazione dei rischi, secondo le indicazioni fornite agli artt. 28 e 29 del d.lgs. 81/2008. E nonostante il sistema delle cautele sia molto dettagliato, sul piano applicativo sono stati ravvisati spazi per la colpa generica, desumendo la giurisprudenza un obbligo di tutela generalizzato in capo al datore di lavoro, in virtù della formula dell'art. 2087 c.c.⁹²

Ad ogni modo, per la nostra sfera di interesse dovranno prendersi in considerazione i ruoli che possono essere concretamente rivestiti dal professionista nella materia della sicurezza, tra cui, come già segnalato in premessa, quello di committente, direttore o responsabile dei lavori, ovvero di coordinatore, per stabilire innanzi tutto se e in che misura ciascuno di questi comporti la titolarità di una posizione di garanzia⁹³. In ordine alle prescrizioni spettanti per ciascuna di tali figure si tratta di stabilire, a secondo del tipo di regole che venga in rilievo, e per le ragioni esposte, se esse siano di portata rigida e dunque idonee a definire l'area del rischio permesso, ovvero una portata elastica e in ogni caso ripresentandosi i problemi generali già esposti in ordine alla verifica della prevedibilità in concreto dell'evento.

Ma a differenza del settore della responsabilità del medico in cui la giurisprudenza penalistica, anche se con le oscillazioni richiamate, ha comunque valorizzato il principio espresso dall'art. 2236 c.c., in altri settori, come quello delle costruzioni, tale principio non trova affatto spazio nell'esperienza giurisprudenziale in materia penale, se non in pronunce risalenti che comunque ne hanno

⁹² Cfr., sul punto, per tutti, BLAIOTTA, *Sicurezza del lavoro e reati colposi*, cit., 1176 s.

⁹³ Cfr., tra le molte relative alle sfere di competenza e alle posizioni di garanzia gravanti sui diversi soggetti addetti alla sicurezza, Cass., Sez. IV, 10 giugno 2021, n. 24915, secondo la quale «Il coordinatore per l'esecuzione ha una posizione di garanzia che non va confusa con quella del datore di lavoro. Egli ha una autonoma funzione di alta vigilanza che riguarda la generale configurazione delle lavorazioni che comportino rischio interferenziale, e non anche il puntuale controllo, momento per momento, delle singole attività lavorative, che è demandato ad altre figure operative (datore di lavoro, dirigente, preposto). L'unica eccezione è costituita dalla previsione di cui al d.lg. n. 81 del 2008, art. 92, lett. f), secondo cui egli, in caso di pericolo grave e imminente, direttamente riscontrato, ed evidentemente immediatamente percepibile, è tenuto a sospendere le singole lavorazioni fino alla verifica degli avvenuti adeguamenti effettuati dalle imprese interessate. Il coordinatore per l'esecuzione, in altri termini, non è il controllore del datore di lavoro, ma il gestore del rischio interferenziale».

escluso l'applicabilità⁹⁴. Addirittura, come visto, nella materia della sicurezza sul lavoro, la contraddizione è ancor più evidente in quanto la giurisprudenza penalistica mentre ignora l'applicabilità dell'art. 2236 c.c., non ravvisa alcuna difficoltà ad applicare il principio sempre espresso dalla disciplina civilista all'art. 2087 c.c., desumendo da questo principio generalissimo oltre che gli estremi dell'obbligo di impedimento, alla base della posizione di garanzia, un onnicomprensivo dovere di diligenza in capo al datore di lavoro.

Più in generale, a dire il vero, si registra una sostanziale indifferenza all'idea stessa di una graduazione della colpa nei casi di speciale difficoltà nelle attività professionali diverse da quella medica. Evidentemente riconoscendosi solo per quest'ultima attività un margine maggiore di scusabilità in considerazione dei fattori di incertezza e di imponderabilità che connotano l'esercizio dell'*'ars medica*, e che, come tali, implicano più ampio margine di rischio per il professionista. Ma riducendosi così, almeno nella prospettiva della giurisprudenza penalistica, il riconoscimento degli estremi della speciale difficoltà di una qualsiasi attività professionale, che possono sempre presentarsi anche se con un'incidenza o frequenza minori.

Tale approccio non si rinviene invece nella giurisprudenza di legittimità civilistica che, sia pur attenendo alla non corretta esecuzione del rapporto contrattuale o al danno da responsabilità aquiliana, comunque garantisce l'applicabilità dell'art. 2236 c.c. a qualsiasi prestazione d'opera professionale di carattere intellettuale, identificando la speciale difficoltà della medesima rispetto a «problemi tecnici nuovi, di speciale complessità, che richiedano un impegno intellettuale superiore alla media, o che non siano ancora adeguatamente studiati dalla scienza»⁹⁵.

⁹⁴ Si richiama al proposito una giurisprudenza risalente della Cassazione relativa ad una ipotesi di colpa professionale, derivante da inosservanza di norme e regole tecniche proprie dell'edilizia, per il delitto colposo di crollo di costruzione secondo cui: «In tema di responsabilità per reato colposo, deve escludersi che sia applicabile ed estensibile all'ordinamento penale il concetto di colpa grave previsto dall'art. 2236 cod. civ.»: cfr., in questo senso, Cass., Sez. IV, 18 dicembre 1989, n. 10289; Cass., Sez. IV, 2 giugno 1987, n. 11733; Cass., Sez. IV, 24 giugno 1987, n. 8360; Cass., Sez. IV, 24 gennaio 1984, n. 2734; Cass., Sez. IV, del 13 giugno 1983 n. 7670; Cass., Sez. IV, 9 giugno 1981, n. 9367.

⁹⁵ Cfr., ad esempio, Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2015, n. 16275, che ha attribuito la responsabilità in capo ad un ingegnere per colpa grave, avendo questi redatto un progetto di sopraelevazione di un fabbricato, di cui aveva garantito la fattibilità, senza avere acquisito una completa conoscenza delle strutture di

Può dunque stupire che la giurisprudenza penalistica nel richiamare il principio espresso dall'art. 2236 c.c., anche nell'accezione di «massima di esperienza» e «principio di razionalità» su cui misurare l'addebito di imperizia, non lo impieghi nella definizione delle responsabilità proprie di ogni figura di professionista che eserciti un'opera intellettuale. Ci si deve auspicare dunque che la prospettiva di riconoscere una maggiore scusabilità e dunque un addebito per la sola colpa grave in considerazione delle prestazioni che comportino la risoluzione di problemi di speciale difficoltà, perché complessi o nuovi, non sia confinata alla sola materia della responsabilità del medico ma sia presa in considerazione adeguatamente anche per le attività caratteristiche degli altri ambiti professionali.

9. Conclusioni e prospettive di riforma. A) Per fugare ogni incertezza nel riconoscimento da parte del sistema penale di una maggiore scusabilità dell'attività del professionista, ove emergano profili di speciale difficoltà, potrebbe essere introdotta una previsione generale che circoscriva la responsabilità colposa alla sola colpa grave nei diversi settori di attività tecnica o scientifica, fissandone espressamente i presupposti e i limiti, o almeno parametri che orientino l'accertamento in concreto.

In premessa rimarrebbe opportuno definire il perimetro dell'area di rischio permesso, secondo il modello dell'art. 590 *sexies* c.p., ma rivisitandone la definizione, ricollocandola in una disposizione che definisca esplicitamente una nuova causa di liceità, richiamante la formula di "rischio permesso".

Tuttavia, è ormai chiaro che una nuova disciplina non dovrebbe esaurirsi soltanto nel contenuto riguardante i limiti "oggettivi" della responsabilità, secondo i canoni del rischio permesso, ma dovrebbe anche esplicitare quali siano i limiti di attribuzione dell'elemento psicologico del reato, con espressa previsione della rilevanza della sola colpa grave ed esclusione della responsabilità per colpa lieve.

Numerosi aspetti andrebbero però chiariti.

fondazione, né dell'originario progetto dell'edificio.

Tra le questioni che pone la previsione di una formula generale che circoscriva la responsabilità del professionista può essere significativa anche quella di una corretta collocazione sistematica.

Rimanendo fermi nell'idea di una formula introdotta nella parte speciale, secondo il modello dell'art. 590 *sexies* c.p., si presenterebbe – a mio avviso – il rischio di vuoti di disciplina, rispetto ai settori che potrebbero rimanere “scoperti”. Né il rischio sarebbe fugato riproducendo la formula di esonero nei diversi settori della parte speciale di maggior rilievo, scelta che comunque rischierebbe di risolversi in un intervento che appesantirebbe il sistema.

La collocazione nella parte generale della nuova disposizione potrebbe risolvere il problema, consentendo di stabilire principi validi per l'intero ordinamento.

B) Dal punto di vista della disciplina sui limiti oggettivi della responsabilità penale per “rischio permesso”, potrebbe inserirsi nella parte generale una previsione che facoltizzi le condotte realizzate nel rispetto dei protocolli di sicurezza (cautelari e/o permissivi), pur diversamente nominati.

Tale formula potrebbe ispirarsi ad analoga proposta avanzata dalla dottrina che consiste nell'introduzione di un art. 55 *bis* c.p., con lo scopo di fissare i limiti alla responsabilità di chi rispetti protocolli permissivi⁹⁶. Tale dottrina si è espressa con riferimento al settore particolare delle applicazioni dell'“Intelligenza artificiale”. Ma si può facilmente cogliere il comune denominatore delle discipline in questione perché si tratta in ogni caso di regolare gli effetti “oggettivi” che produce il rispetto di regole permissive nell'attività tecnica.

Il suggerimento conduce ad immaginare un inserimento della nuova disposizione nella sistematica delle cause di liceità, servendosi di una formula generale che stabilisca gli effetti della facoltizzazione del rischio, in relazione all'attività professionale svolta nel rispetto di protocolli di sicurezza (anche relativi alle applicazioni di IA).

⁹⁶ V., FIORELLA, *Responsabilità penale del Tutor e dominabilità dell'Intelligenza Artificiale. Rischio permesso e limiti di autonomia dell'Intelligenza artificiale*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, a cura di Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, Milano, 2022, 663, che nella materia specifica dell'uso dell'IA ha proposto l'introduzione di un art. 55 *bis* c.p. che sarebbe intitolato “Limiti dell'autonomia ammissibile dell'IA. La colpa punibile del garante”.

C) Sotto il profilo della colpa, si potrebbe ricorrere ad una formula generale che preveda l'esonero della responsabilità del professionista per colpa lieve, in caso di attività connotata da problemi di speciale difficoltà; formula inserita nello stesso art. 43 c.p., o in un articolo autonomo, numerabile come art. 43 *bis* c.p. Ciò è quanto stato proposto da una parte della dottrina, che ha suggerito la modifica dell'art. 43 c.p. con aggiunta di un nuovo comma, che potrebbe anche richiamarsi alla formula dell'art. 2236 c.c., prevedendo che: «Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, l'agente non è punibile se non in caso di dolo o imperizia grave»⁹⁷, agganciando così l'esonero alla «dimensione oggettivo-qualitativa della prestazione», cioè alla «risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà».

Tale proposta senz'altro pregevole, perché mossa dall'obiettivo di una generalizzata applicabilità dell'esonero, di fatto, prevedendo l'esclusione della colpa lieve solo rispetto all'imperizia condurrebbe però, a mio sommo avviso, al rischio di irrigidire «i criteri di ascrizione della responsabilità»⁹⁸ rispetto alla possibilità di meglio delimitare le altre forme di responsabilità per colpa generica, per negligenza e imprudenza. Volendo invece dar pieno rilievo ai principi, sembra alla scrivente che la risoluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà potrebbe assumere significato di contenimento della responsabilità anche là dove si tratti di altre specie di colpa, anch'esse, almeno in qualche misura da tener presenti ai fini di un esonero della responsabilità per colpa lieve⁹⁹. Ciò soprattutto, come è stato opportunamente segnalato, ove le condotte versino «*in stretta contestualità con scelte propriamente tecniche*»¹⁰⁰. Emergerebbe in tal caso un rischio di minore ragionevolezza nella scelta di una distinzione legislativa tra le diverse tipologie di colpa.

⁹⁷ V., CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 419.

⁹⁸ Così FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 282.

⁹⁹ V., FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 282 s., il quale riporta anche l'efficace esempio, sempre relativo al settore medico, del lavoro in *équipe* in cui il capo *équipe* ometta un controllo sull'adempimento di un collaboratore per la concitazione dell'intervento, contribuendo così all'esito infausto. Questa ipotesi, che dovrebbe comunque ricadere nella colpa per negligenza, potrebbe condurre ad un esonero della responsabilità del capo medesimo, sempre in considerazione della speciale difficoltà tecnica del caso.

¹⁰⁰ Così FIORELLA, *Tra legge e giudice*, cit., 282 s.

In merito alla *vexata questio* della distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per fugare ogni incertezza interpretativa ed applicativa, sarebbe utile individuare i parametri da seguire per un accertamento adeguato. Al proposito, ispirandosi anche alla giurisprudenza che, sempre con riferimento alla materia medica, parte dal presupposto in base al quale la colpa grave si integra «solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato»¹⁰¹. Va tenuto presente che l'indirizzo giurisprudenziale individua quali strumenti interpretativi per la valutazione del grado della colpa «sia le specifiche condizioni del soggetto agente ed il suo grado di specializzazione, sia la situazione ambientale, di particolare difficoltà, in cui il professionista si è trovato ad operare». Sempre la giurisprudenza citata aggiunge poi altri parametri di giudizio: «l'accuratezza nell'effettuazione del gesto medico, le eventuali ragioni di urgenza, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data e così di seguito»¹⁰². Ora, parametri simili potrebbero essere presi in considerazione, *mutatis mutandis*, anche per qualificare gli estremi della colpa grave per le attività degli altri settori professionali, diversi da quello medico-sanitario.

D) In ogni caso, quale che sia la posizione sistematica della clausola di esonero della responsabilità, fondamentale è per quanto premesso, l'accertamento della *speciale* “difficoltà tecnica della prestazione professionale”, come fattore da cui dovrebbe discendere la “*maggiore scusabilità* dell’“errore”, costituendo quest'ultimo il criterio che si ispira alla “razionalità” del sistema, su cui si fondano le ragioni dell'esonero per colpa lieve. Una nuova disposizione dovrebbe segnalare in qualche modo questo decisivo criterio di valutazione.

Andrebbe poi meglio definito *l'ambito di rilevanza* dell'errore tecnico o scientifico, nel senso di stabilire la fase nell'attività in cui esso opera: se da considerarsi solo rispetto alla fase esecutiva, ovvero anche rispetto alla fase prodromica di individuazione e di scelta di eventuali protocolli tecnici di sicurezza. Per le ragioni esposte a me sembra che l'esonero per colpa lieve dovrebbe avere una portata onnicomprensiva, giustificata dalla speciale difficoltà tecnica del caso

¹⁰¹ Cfr., Cass., Sez., IV, 29 aprile 2021, n. 18347, par. 5.1.

¹⁰² Cfr., Cass., Sez., IV, 29 aprile 2021, n. 18347, par. 5.2.

concreto, secondo la formula dell'art. 2236 c.c., senza ulteriori distinzioni per fasi di attività.

Naturalmente la particolare difficoltà tecnica potrebbe nascere proprio dalla mancanza di specifici protocolli scientifici o tecnici di sicurezza, situazione in cui il professionista si troverebbe ad essere maggiormente “gravato” in considerazione dei limiti di conoscenza del progresso tecnico e per la mancanza di dati esperienziali, dovendosi riconoscere anche in questo caso una maggiore scusabilità e dunque l'esonero della responsabilità per colpa lieve.

Non si può comunque ignorare che l'espressa definizione penalistica del perimetro del rischio lecito, e della misura della colpa rilevante, costituirebbe un valido strumento di tutela del professionista ove si accompagnasse alla creazione di protocolli di sicurezza il più possibile precisi ovvero alla razionalizzazione di quelli già esistenti. Essi rappresenterebbero un punto di riferimento essenziale per il corretto operato del professionista in ogni settore tecnico e scientifico.

E) A tal proposito, una migliore realizzazione e razionalizzazione dei protocolli di sicurezza in ogni settore tecnico o scientifico, dovrebbe essere assicurata da un percorso simile a quello tracciato nel settore della responsabilità del medico dall'art. 5 della legge Gelli-Bianco, che, definendo le fonti cautelari consistenti nelle “buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida”, ne definiscono i processi di elaborazione e di validazione¹⁰³.

¹⁰³ In particolare l'art. 5 della L. 24/2017 prevede che: «Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e 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. 2. Nel regolamentare l'iscrizione in apposito elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui al comma 1, il decreto del Ministro della salute stabilisce: a) i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale; b) la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti di interesse e all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica; c) le procedure di iscrizione all'elenco nonché le

Fondamentale importanza assume l'aspetto della definizione delle modalità con cui sono svolte le indagini istruttorie di carattere "tecnico-scientifico", con particolare riferimento all'individuazione delle fonti, alle professionalità scientifiche coinvolte, e alla gestione delle medesime, nonché in rapporto alla sistematizzazione degli esiti delle ricerche scientifiche, anche rispetto alla loro fruibilità e al loro aggiornamento. Conseguentemente, gli esiti delle ricerche scientifiche andranno vagliati da organismi di ricerca scientifica pubblica che garantiscano l'imparzialità, l'adeguatezza e l'affidabilità degli esperti coinvolti nella definizione delle regole cautelari e/o permissive, valutate e formalizzate nelle sedi istituzionali, da individuare correttamente secondo i settori di appartenenza.

La sistematizzazione e la diffusione dei risultati delle ricerche scientifiche costituiscono il presupposto fondamentale per un corretto sapere condiviso che possa guidare il professionista nella valutazione dei rischi, reali e/o potenziali, che la specifica attività da intraprendere porti con sé.

verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso.³ Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, [con la procedura di cui all'articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni,] entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito internet le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a standard definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.

4. Le attività di cui al comma 3 sono svolte nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica».

Sulla portata di tale previsione, v., CAPUTO, *Colpa penale del medico*, cit., 409, secondo cui la medesima ha "gerarchizzato le fonti di cognizione delle cautele mediche", assumendo come prioritaria l'adozione delle linee guida accreditate in luogo delle buone pratiche, a differenza del decreto Balduzzi che metteva sullo stesso piano tali fonti cautelari; attribuendo solo alle linee guida accreditate pieno valore esonerante, mentre ove le medesime non abbiano tale riconoscimento saranno rimesse allo statuto delle buone pratiche, con tutto ciò che ne consegue in ordine alla riespansione del sindacato del giudice sull'imperizia.

È infine inutile precisare che, pure alla luce delle considerazioni espresse in questo contributo, ove tali risultati confluissero in prescrizioni dettagliate che stessero a guida dell'operato del professionista, le medesime costituirebbero al contempo il presupposto per la definizione di un'area rischio lecito, che varrebbe a schermare "oggettivamente" il professionista medesimo da eventuali addebiti di responsabilità penale.