

Poteri del giudice

Regole cautelari ed esigibilità in materia di colpa tra politica e giurisdizione

di Mariano Menna

Nella definizione della regola cautelare e della incidenza della sua violazione nel caso concreto opera un circolo ermeneutico da cui può emergere un nuovo contenuto della cautela valevole per la situazione specifica. Rispetto alla "causalità della colpa" la validità della legge scientifica di copertura deve avere un fondamento certo nell'ambito della fattispecie normativa, per cui non è sufficiente, al livello del dover essere della norma, la sola "possibilità" di escludere l'evento lesivo attraverso il rispetto della cautela fissata in base a quel parametro scientifico. Vi possono essere casi in cui il giudice è disorientato nella fissazione del significato delle regole cautelari - in relazione alle loro componenti elastiche - ed in questi casi, *de iure condendo*, dovrebbe intervenire la legittimazione politica del consenso dei consociati mediante la risoluzione del caso controverso affidato ad un organo elettivo di esperti che quale ausiliario nel processo si affianchi al giudice.

Teoria normativa della colpa e "creazione" della regola cautelare

Come è noto, si è da tempo affermata la concezione normativa in materia di colpa penale nel senso che più che alla connotazione psicologica del rapporto tra reo e delitto, il considerato elemento soggettivo viene riannodato al rimprovero da muovere al soggetto agente (1).

In questo senso si reputa comunemente che il giudizio di colpevolezza vada riannodato all'inosservanza di regole cautelari scritte e non scritte. Queste ultime vanno individuate sulla base di giudizi *ex ante* che a loro volta si riannodano in ultima analisi a valutazioni di prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo (2).

I parametri precauzionali vengono talvolta ritenuti selezionabili in riferimento ai comportamenti che

fosse chiamato a porre in essere l'*homo eiusdem professionis et condicionis*, altre volte vengono agganciati agli arresti della "migliore scienza ed esperienza del momento storico negli specifici settori" (3). Rispetto alla regola cautelare si stabilisce che l'evento colposo debba essere quello che l'accennato parametro miri ad evitare e sarebbe poi indispensabile operare un giudizio controfattuale per stabilire se la compressione del bene giuridico tutelato dalla norma penale si sarebbe comunque verificata qualora si fosse osservata la norma cautelare. Siffatto giudizio controfattuale sarebbe quello che andrebbe operato sia per stabilire il nesso causale tra condotta ed evento sul piano dell'elemento obiettivo del reato, sia per determinare il nesso di causalità tra la violazione del parametro cautelare e l'evento colposo (4).

(1) In proposito, cfr., per tutti, Garofoli, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Lecce, 2013, 925 ss.

(2) Vedi per tutti Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2001, 367 ss.

(3) Tra gli altri, vedi Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2001, 351.

In sintesi, al di là del possibile riferimento anche al parametro dell'uomo medio, ci si riferisce alternamente soprattutto al criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* ed a quello della "Miglior scienza ed esperienza del momento storico negli specifici settori". Sul punto, vedi per tutti, Garofoli, *Ma-*

nuale di diritto penale. Parte generale, cit., 925 ss.

(4) In proposito, secondo Forti "il vero problema è quello di selezionare gli anelli causali (o le modalità dell'evento) di cui è necessario accertare la presenza nell'ambito dell'accadimento concretamente prodottosi, determinando altresì a quali condizioni la loro successione all'interno del decorso causale configuri effettivamente l'evento "finale" come realizzazione del rischio in considerazione del quale la condotta era stata vietata, senza arrestarsi al mero riscontro che tale evento fosse in effetti uno di quelli che la regola cautelare mirava a prevenire" (*Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 439).

Come si è detto, le regole cautelari sono anch'esse in ultima analisi riferite alla prevedibilità ed evitabilità dell'accadimento che il legislatore mira a prevenire, ma nondimeno la valutazione della colpa si scinde, poi, da un lato, nella verifica dell'elemento oggettivo della componente del reato considerata, rappresentato dalla "concretizzazione del rischio" in cui si sia tradotta la violazione della regola precauzionale e, dall'altro lato, nel sindacato del profilo soggettivo della colpa che è connesso più nello specifico al giudizio di prevedibilità dell'evento da parte di un agente modello che si trovi nondimeno in una determinata situazione concreta (5) ed al connesso sindacato di esigibilità della condotta alternativa lecita in ipotesi non posta in essere, che si stabilisce sempre tenendo conto delle circostanze peculiari in cui si ritrovi l'agente.

Ora, il giudizio sulla cosiddetta "concretizzazione del rischio" si opera *ex post*, mentre la verifica della prevedibilità è una valutazione effettuata *ex ante* con riferimento, come si è detto, all'agente modello calato nel contesto concreto delle circostanze della situazione da giudicare.

Per la verità, in dottrina si distinguono i casi in cui l'attività dell'ipotetico agente sia nello stesso tempo pericolosa e totalmente vietata dall'ordinamento dalle altre situazioni in cui l'attività comporti un pericolo di offesa di beni giuridici, ma per verificare l'avvenuta lesione bisognerebbe concretizzare il comportamento in relazione al rischio non consentito e solo quando si superi il livello del rischio ammesso scatterebbe il rimprovero per colpa (6).

Ora, il problema dell'inosservanza delle regole cautelari sorgerebbe solamente in relazione alla seconda delle situazioni delineate perché quando una attività rischiosa sia di per sé vietata, la censura del comportamento per colpa discenderebbe direttamente dalla norma che introduce il divieto comportamentale e si riannoderebbe esclusivamente al sindacato di prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Conseguentemente, all'inverso, solo in relazione a situazioni di rischio la cui ricorrenza vada verificata in concreto si porrebbe il problema della violazione di regole cautelari perché in proposito sorgerebbe l'esigenza di un vero e proprio bilanciamento di interessi onde stabilire il limite oltre il quale l'agente non si debba spingere nel tenere un determinato comportamento (7).

In relazione alle coordinate offerte sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza in materia di accertamento della colpa, anche nel settore infortunistico, va subito sottolineato che, innanzi tutto, nell'ottica del necessario adeguamento al caso concreto di tutte le condotte colpose, un problema di violazione di regole cautelari e di connesso bilanciamento di interessi nello specifico - in connessione con la prevedibilità ed evitabilità dell'evento - si pone sempre, anche quando si ponga in essere un comportamento espressamente vietato dall'ordinamento.

Ed allora, nell'ambito di quanto solitamente si afferma in materia di accertamento della colpa, in relazione al cosiddetto "profilo oggettivo" dell'accennato elemento del reato, e, cioè, alla necessità di "concretizzazione del rischio" ed alla connessa "causalità della colpa", solitamente si affronta il problema distinguendo sempre il concetto di regola cautelare da quello dell'incidenza causale sull'evento della violazione della norma precauzionale senza considerare i due elementi in termini dinamici quasi che l'individuazione del criterio precauzionale fosse sempre e solo un *prius* rispetto alla definizione del rapporto causale tra l'inosservanza della regola cautelare e l'evento.

Al contrario, va in proposito preliminarmente stabilito che l'applicazione al caso concreto del parametro in base al quale si stabilisce la rimproverabilità per colpa corrisponde né più né meno che alla sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta tipica di una qualsiasi norma.

Se si considera la dinamica di individuazione della regola cautelare nell'ambito del procedimento penale, le considerazioni su articolate risultano più esplicite.

In particolare, trascurando la fase ricostruttiva delle indagini, può stabilirsi che la fissazione nell'imputazione del parametro precauzionale violato non va disgiunta dal seguito delle attività probatorie e decisorie nel senso che anche se l'accennato parametro in via di ipotesi si determina inizialmente in maniera disgiunta dalla determinazione - sempre in via ipotetica - del nesso causale tra la violazione del criterio e l'evento, successivamente, attraverso le attività inventive, si controlla se la norma violata abbia prodotto effettivamente una "concretizzazione del rischio" ed un superamento del rischio ammesso. Se siffatto sindacato produce esito nega-

(5) In merito, Marinucci sottolinea che "lo *standard* della diligenza, della perizia e della prudenza dovute (...) sarà quella del modello di agente che 'svolga' la stessa professione, lo stesso mestiere, lo stesso ufficio, la stessa attività, insomma dell'agente reale, nelle medesime circostanze concrete in cui

opera quest'ultimo" (*La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 19).

(6) Sul tema Fiandaca - Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2004, 511 ss.

(7) In proposito, Mantovani, *Diritto penale*, cit., 363.

tivo, non ci si limita nel processo a prosciogliere l'imputato, ma in considerazione dei profili peculiari del fatto si indagherà - se esiste - sul diverso parametro cautelare che alla luce delle prove raccolte sia capace di spiegare la concretizzazione del rischio ed il superamento del rischio ammesso da porre all'origine dell'evento. Conseguentemente, nel caso di rinvenimento di siffatto nuovo criterio - che può costituire anche solo una specificazione del parametro inizialmente addebitato - si procederà a nuova contestazione nel processo, oppure, in caso di inerzia del pubblico ministero a riguardo, il giudice stabilirà il difetto di correlazione tra accusa e sentenza e si procederà *ex novo* sull'addebito frutto della modifica della regola cautelare.

Come si vede, anche se inizialmente la posizione della norma precauzionale è da considerare distinta dall'accertamento della concretizzazione del rischio, del superamento di quest'ultimo e del nesso causale relativo alla colpa, nell'ambito della dinamica accertativa si può produrre la genesi di un nuovo parametro precauzionale che dipenda proprio dalla verifica anche del rapporto di causalità e che - si badi - in ultima analisi è riconducibile allo stesso circolo ermeneutico che sorge in sede di verifica della possibilità di applicare una qualsiasi norma al caso concreto.

A questo proposito, va allora precisato che se si sia di fronte ad un parametro cautelare scritto e, quindi, tipizzato in modo generale ed astratto - nell'ambito delle situazioni di colpa specifica - effettivamente si rinviene un criterio preconstituito distinto dal fenomeno del suo adattamento al caso peculiare, ma va subito aggiunto che l'applicazione alla situazione concreta del parametro avviene nell'ambito di un'operazione interpretativa che - come rispetto a qualsiasi norma scritta generale ed astratta - genera un "circolo ermeneutico".

Questa spirale a sua volta comporta nella maggior parte dei casi la "creazione" di una nuova regola per il caso specifico. Ne discende, allora, che la vera regola cautelare per la situazione concreta è appunto quest'ultima e non la norma scritta che ha rappresentato solo uno spunto per l'esercizio di una discrezionalità interpretativa.

Le considerazioni articolate presuppongono l'adesione all'idea di interpretazione tipica dei sosteni-

tori della cosiddetta "ermeneutica" che si lascia preferire agli indirizzi positivistic per il fatto che anche questi ultimi devono riconoscere che l'integrazione normativa è in ultima analisi figlia di un esercizio di discrezionalità (8).

Se l'opzione di pensiero è sostenibile, è proprio la verifica della cosiddetta "concretizzazione del rischio", del superamento di quest'ultimo e dell'incidenza causale della colpa che genera contemporaneamente il vero parametro cautelare.

Al di fuori del fenomeno applicativo - a differenza di quanto comunemente si sostiene - non esiste un reale criterio cautelare.

Il problema affrontato assume termini ancora più evidenti nelle situazioni di colpa generica in relazione alle quali i parametri cautelari adeguati a "concretizzare il rischio" sono sempre frutto di una "creazione" più manifesta perché in modo ancora più chiaro nascono nel mentre si stabilisce l'incidenza causale degli stessi sull'evento.

Le condizioni per una determinazione non arbitraria delle regole cautelari in materia di colpa tra giurisdizione e politica

È, a questo punto, il caso di chiedersi se a causa del *modus generandi* del parametro cautelare, la determinazione del medesimo sia inevitabilmente arbitraria.

A tal proposito, va chiarito che nel mondo dei valori, quando le scelte pratiche possono essere plurime, può avvenire che le medesime siano frutto di un accordo tra i consociati o siano determinate da un potere, legittimato o meno dal consenso sociale. In termini ideali, nondimeno, è possibile - stando ad un certo orientamento di filosofia pratica - dedurre in termini razionali le scelte dell'agire - se non da norme immutabili universali - almeno da una legittimazione argomentativa (o discorsiva) ovvero da una dialettica di interessi che alla fine trovi un suo temperamento ideale, sebbene storicamente determinato (9).

Invero, anche la dialettica degli interessi, se è razionale, non può che andare a combinarsi alla fine con la legittimazione procedimentale di tipo più discorsivo.

Se veramente questo tipo di definizione delle scelte pratiche può essere all'origine della fissazione dei

(8) Per un concetto di interpretazione riconducibile al filone di pensiero "ermeneutico" vedi, per tutti Alexy, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, Milano, 1998, trad. it., *passim*.

Sulla discrezionalità che entra anche nell'ambito ricondotto all'interpretazione dal pensiero positivistic, vedi, per tutti, Za-

grebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, *passim*.

(9) Sulla legittimazione procedimentale - legata o meno alla dinamica degli interessi di un sistema - vedi Luhmann, *Legittimazione durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1968, *passim* e Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1981, *passim*.

criteri dell'agire, per un verso, bisognerebbe in un "open society" informare l'esercizio del potere e le sue manifestazioni istituzionali e regolamentari più generali all'accennato tipo di legittimazione di tipo argomentativo ed al corrispondente progressivo bilanciamento degli interessi, per altro verso, in situazioni più particolari, quando manchino criteri precostituiti che orientino le scelte pratiche o quando in occasione dell'adeguamento dei medesimi ai casi concreti bisogna creare il vero parametro da adattare allo specifico - come anche nel caso della fissazione di regole cautelari nel settore della colpa penale - è necessario riscoprire il metodo di legittimazione che comunemente si definisce democratico e che in definitiva deve essere frutto di una dialettica procedimentale allargata a tutta una comunità.

È possibile che tutto questo accada nel processo penale anche a proposito dell'individuazione dei parametri cautelari necessari a definire la colpa?

Invero, il giudice - che alla fine decide quale sia il criterio precauzionale - nel nostro sistema non è un organo che ha un diretto mandato politico.

Egli dovrebbe rappresentare solo la catena di trasmissione tra la volontà popolare tradottasi in norma scritta e preconstituita e l'individuazione del criterio per la situazione specifica.

Siccome l'organo giudicante può, cioè, solo attuare la legge, non crearla (10), il medesimo non dovrebbe ritenersi nemmeno legittimato ad operare un rinnovato bilanciamento di interessi per individuare quei parametri, come quelli cautelari, che siano promanazione delle regole più generali in cui stabilisce cosa sia la colpa.

La sua attività razionale dovrebbe essere solo di tipo deduttivo delle conseguenze regolamentative desumibili dai profili tipici della fattispecie normativa generale ed astratta.

Invero, un orientamento per la sua attività di applicazione della norma l'organo giudicante lo riceve - anche attraverso il collegamento sistematico con i principi - deducendo i criteri da applicare attraverso la lettura degli atti del procedimento genetico della norma scritta (i cosiddetti lavori preparatori) ed i loro eventuali rinvii alle esperienze che si pongono all'origine delle regole scritte, o mediante le logiche interrelazioni con le altre norme del sistema o ancora grazie alle logiche applicazioni delle norme in via analogica.

Ma di più non si potrebbe operare ed alla fine anche nell'elaborazione della regola cautelare per il caso concreto che dia sostanza alla previsione della colpa, bisognerebbe dal basso operare una nuova legittimazione discorsiva ed un corrispondente nuovo bilanciamento di interessi che - entro i limiti delle norme scritte, se si vuole - in modo razionale stabiliscano il nuovo criterio, dal momento che pur con tutti gli ausili orientativi che nascono dalle deduzioni originate dalle evidenze di significato dei segnalati processi interpretativi, residuerà sempre uno *spatium deliberandi* entro il quale il giudice dovrebbe dare rilievo a nuovi profili particolari di interesse o a nuovi argomenti per cogliere il parametro adatto alla situazione concreta.

Tutto ciò non dovrebbe essere compito di un giudice che non è nel nostro sistema concepito all'apice di un processo di legittimazione politica capace di creare una nuova regola per il caso concreto.

Bisognerebbe, allora, lasciare al giudice solo l'applicazione delle regole evidentemente adatte al caso concreto come, in ipotesi, i divieti di autorizzazione a svolgere determinate attività che valgono *tout court* nei casi in cui la colpa si riannodi al solo svolgersi del comportamento vietato, a patto che nello specifico anche in tal caso non emergano profili fattuali che facendo sorgere il dubbio sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento comportino un rinnovato bilanciamento di interessi che potrebbe sottrarsi all'applicazione di un criterio evidente e, nell'ottica delle considerazioni su articolate, allo spazio di un intervento democraticamente legittimato - e non solo legittimo - del giudice.

Non lo stesso si potrebbe dire, per esempio, per i cosiddetti casi di colpa "speciale" o "professionale" in cui si ammette un rischio consentito ed il problema sta proprio nell'individuazione specifica del criterio cautelare corrispondente da adeguare al caso concreto.

Di qui, la necessità di affiancare al giudice un organo ausiliario legittimato politicamente che, in quanto tale, (e pur con le difficoltà connesse al problema della rappresentanza politica e del margine di discrezionalità non orientato dai mandanti dei politici nelle scelte dei criteri comportamentali, che però non è chiaro se possa neutralizzarsi o meno) operi quel procedimento di creazione del parametro cautelare dal basso tenendo conto della sintesi di interessi di cui sia espressione.

(10) Sono sempre di monito in proposito le parole di Montesquieu, secondo il quale il giudice dovrebbe essere espres-

sione di un "potere nullo" proprio perché deputato solo ad attuare la legge (*De l'Esprit des Lois*, XI, II, Paris, 1955, 155).

Regola di copertura della “causalità della colpa” in materia infortunistica tra essere e dover essere

A questo punto, va, in definitiva considerato che l'individuazione del parametro precauzionale rilevante ai fini della colpa - per come si combina, dinamicamente sempre con la sua vicenda applicativa e, quindi, con la determinazione della concretizzazione del rischio e del superamento di quest'ultimo in maniera causalmente incidente sull'evento - non può avvenire sempre in termini di evidenza e dar luogo conseguentemente alla possibilità di rinvenire in ogni caso l'“alternativa lecita” al presunto comportamento trasgressivo.

Non è sempre chiaro quale sia questa condotta alternativa perché non essendo sempre palese il criterio rispetto al quale determinarla, bisogna prima operare in concreto quel bilanciamento di interessi a cui riannodare la regola cautelare del caso specifico e poi stabilire l'azione lecita che avrebbe potuto evitare l'evento lesivo.

A questo proposito, va, poi, chiarito un equivoco. Invero, proprio nel settore infortunistico la giurisprudenza ha sancito che l'incidenza causale di un parametro cautelare si determini non solo quando sia “certo” che l'ipotizzato comportamento alternativo impedisca la compressione del bene giuridico tutelato, bensì anche quando sia solo “possibile” che questo accada, purché la possibilità sia reale e non meramente congetturale (11).

In ciò consisterebbe la differenza tra il modo di determinazione del nesso causale nell'ambito dell'elemento oggettivo del reato e l'accertamento della “causalità della colpa”.

In altri termini, l'individuazione di una legge di copertura scientifica del rapporto tra causa ed effetto e la sua applicazione in termini di “probabilità logica” e non “statistica” (12) - che normalmente presiedono alla determinazione di un nesso causale -, opererebbe in modo differente nell'ambito della “causalità della colpa” perché la dimensione solo possibilistica dell'esclusione dell'evento da ricondursi ad un comportamento alternativo si spiega o concependo in termini di mera possibilità l'esistenza della legge di copertura dell'evento, oppure stabilendo che sia da valutarsi in termini di sola possibilità l'applicazione nel caso concreto di una legge di copertura scientifica e, cioè, attribuendo il carattere solo possibilistico non alla regola scientifica

bensì all'accertamento della sua operatività in concreto.

Ebbene, siccome la “causalità della colpa” presuppone che prima in concreto si determini la regola cautelare (anche attraverso l'accennato bilanciamento di interessi da operare nello specifico) e siffatto parametro precauzionale corrisponde in ipotesi alla legge di copertura scientifica del nesso causale inerente al profilo oggettivo del reato, per poi solo successivamente consentire che si stabilisca se un'alternativa comportamentale lecita escluda l'evento, bisogna sottolineare che il termine di riferimento - di natura normativa - dell'opposta condotta lecita non può essere individuato in termini di mera possibilità, né in proposito si può - a differenza di quanto si può affermare per la legge di tipo statistico che presiede alla determinazione del nesso causale dell'elemento oggettivo del reato - dire che la regola cautelare possa fondare su una bassa frequenza di incidenza statistica sulle situazioni regolate.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la regola cautelare, a differenza di quella statistica relativa all'elemento oggettivo del reato, ha una dimensione valoriale nascente innanzi tutto da un concreto bilanciamento di interessi ed allora, anche se sia riconducibile - come si è visto - ad un esercizio di discrezionalità di tipo creativo, nel momento in cui si ponga la suddetta regola, non si può che farlo in termini certi così che il termine di riferimento del comportamento alternativo lecito non sia una mera possibilità, bensì un dato certo.

Il fatto che una legge di copertura del nesso causale relativo all'elemento oggettivo del reato possa fondarsi su una bassa frequenza statistica, mentre non possa sussistere una mera “possibilità” di fondatezza della regola di copertura del nesso causale relativo alla colpa, dipende dalla circostanza secondo cui la prima si colloca sul piano dell'essere, mentre la seconda attinge al livello del dover essere e, cioè, a quella dimensione in cui il fatto ipotetico, per la sua generalità ed astrattezza, non può che essere posto in termini certi, anche in relazione alla sua incidenza su altri eventi, come accade nell'ambito del parametro di copertura della causalità della colpa.

Ora, quanto alla prima regola, che non a caso si stabilisce *ex post*, sul piano dei concreti accadimenti di tipo naturalistico, la bassa frequenza statistica

(11) In merito, vedi, per tutte, Cass. 22 novembre 2007, n. 5117, in www.iusexplorer.dejure.it.

(12) Per questa distinzione vedi la pronuncia antesignana di

tutto il nuovo corso giurisprudenziale in tema di nesso di causalità costituita da Cass., SS.UU., 10 luglio 2002, n. 30328, Franzese, in www.iusexplorer.dejure.it.

di validità di una legge può ben essere compensata dal fatto che in concreto proprio quel parametro possa essere giudicato come operante in relazione all'alternativa comportamentale immaginabile rispetto alla condotta posta in essere, ricorrendo la quale la dimensione degli avvenimenti sicuramente non avrebbe condotto all'evento delittuoso.

Avendo chiarito come la regola di copertura della causalità della colpa si collochi, invece, sul piano del dover essere e non dell'essere, bisogna precisare che se lo stesso parametro fosse apprezzato solo sul piano della mera "possibilità" della sua fondatezza, non si potrebbe nemmeno con certezza stabilire una compensazione all'incerta validità della regola in astratto attraverso l'analisi di cosa sarebbe accaduto se si fosse posta in essere la condotta alternativa a quella richiesta all'agente modello; e ciò perché trattandosi di una precauzione dall'incerta validità non si potrebbe mai escludere sul piano dell'essere il verificarsi dell'evento delittuoso anche in caso di sua adozione.

In altri termini, entrerebbe in crisi quell'elemento che in materia infortunistica la giurisprudenza ha associato alla dimensione solo possibilistica del valore della regola cautelare e cioè il fatto che la possibilità di esclusione dell'evento delittuoso favorita dal rispetto del parametro precauzionale sia reale e non solo congetturale (13).

Per quanto si è detto, in presenza di una regola che scientificamente potrebbe essere anche infondata non potrebbe mai distinguersi la mera congetturalità dalla possibilità concreta di concretizzazione del rischio da ricondursi al rispetto del parametro.

Non essendo scientificamente sicura la legge di copertura, il fatto che adottando la precauzione imposta dal parametro precauzionale non si verifichi in casi analoghi l'evento delittuoso potrebbe spiegarsi con una diversa legge scientifica rispetto alla quale potrebbe non avere senso la precauzione imposta.

In siffatta prospettiva, solo se riconducibile ad una legge scientificamente inattaccabile sul piano della spiegazione degli eventi - almeno nell'ambito di una determinata temperie storica e di una storicamente determinata convinzione della comunità scientifica di riferimento - si potrebbe stabilire quale precauzione in termini di certezza e non di mera possibilità riuscisse in concreto ad escludere l'evento delittuoso.

Quando la giurisprudenza citata pone a confronto la mera possibilità concreta di esclusione dell'evento delittuoso con la certezza di prevenzione della lesione, considerando che sussiste colpa anche solo a fronte della prima, confonde il piano dell'essere con quello del dover essere della regola cautelare.

Solo sul livello deontologico si può ritenere sufficiente e, quindi, realmente concreta la mera possibilità di esclusione dell'evento delittuoso come conseguenza dell'adozione di una determinata precauzione nel senso che anche l'alternativa comportamentale lecita può essere vista come capace in concreto di escludere la lesione solo nella prospettiva di una politica accettazione di tale eventualità e non invece - in presenza di una legge scientifica di valenza incerta - nell'ambito di un decorso oggettivo degli eventi.

Quindi, il ritenere che la condotta richiesta all'agente modello dalla regola cautelare sul piano fattuale non sempre sia capace di escludere l'evento lesivo ma per la mera "possibilità" concreta che ciò avvenga confermi "in ogni caso" la regola cautelare applicata, è un modo sbagliato di concepire la dimensione di rimproverabilità per colpa del reo perché delle due l'una: o il parametro precauzionale prescelto non è mai in grado di prevenire l'evento lesivo, ma allora non manca solo il nesso causale della colpa perché più in radice bisogna immaginare una diversa regola cautelare o, in alternativa, bisogna affermare che non esista alcun parametro precauzionale violato. Oppure, il criterio precauzionale non è sicuro che in tutti casi prevenga l'evento lesivo ed allora può essere prescelto come termine di riferimento del comportamento alternativo lecito solo in una dimensione valoriale, nell'ambito di un bilanciamento di interessi che ha non solo individuato il rischio, bensì ha anche stabilito in che termini il rischio non sia consentito.

Si sottolinea ciò perché sul piano degli interessi si può anche giungere ad una situazione opposta a quella della giurisprudenza citata secondo cui la mera "possibilità" che si verifichi un evento delittuoso, non adottando un certo tipo di precauzione, giustifichi il rimprovero per colpa.

Infatti, quando non esista una regola che debba essere applicata in termini evidenti ed anzi anche quando sembri che esista in astratto una regola da rispettare in termini palesi - come nel caso di un chiaro divieto di svolgere a fini precauzionali generali una determinata attività - potrebbe sempre in

(13) Cass. 22 novembre 2007, n. 5115, cit., in *www.iusexplorere.dejure.it*.

concreto emergere un interesse prevalente - magari di rilievo costituzionale - che, reagendo in ipotesi sulla costituzionalità di una norma contenente la regola cautelare, induca a ritenere come consentito un rischio che in altri casi simili non lo sia. Qui la mera "possibilità" che un comportamento alternativo a quello che genera il rischio avrebbe la possibilità di escludere l'evento lesivo non conta.

Per esemplificare, il rischio di uso di un determinato materiale che può essere nocivo è sostenibile che in genere debba essere evitato, ma se in una determinata situazione l'impiego di quello stesso materiale abbia una possibilità apprezzabile come equivalente di produrre benefici ad una specifica persona su un piano diverso da quello della possibile lesione e ciò sia da ritenere alla fine vantaggioso per lo stesso individuo, si potrà adottare un trattamento diverso da quello solito ed escludere la rimproverabilità per colpa che un ragionamento in termini solamente statistici sulla possibilità della lesione ricondotta alla violazione della regola cautelare nella generalità dei casi avrebbe al contrario affermato.

Creazione della regola cautelare e prevedibilità delle norme in materia di colpa

Se quanto detto è sostenibile e se in determinate situazioni, come si è detto, la regola cautelare deve essere creata perché non si conosce in anticipo il bilanciamento di interessi da cui scaturisca in concreto il parametro precauzionale, si pone un problema di tassatività della normativa penale in materia di colpa e di connesso rispetto del principio di legalità per la pratica imprevedibilità del trattamento penale.

A tal proposito, si è affermato che il diritto vivente connesso alle massime giurisprudenziali che rappresentino il precipitato interpretativo delle norme dovrebbe salvaguardare il principio di legalità e salvaguardare l'esigenza di prevedibilità del regime applicabile al caso concreto (14).

Senonché, come si è detto, l'accennato diritto vivente è spesso frutto del travalicamento dei limiti dell'attività ermeneutica consentita e, quindi, non rappresentando un diritto realmente legittimato politicamente non può ergersi a termine di riferimento valido. Esso, in altri termini, non è riconducibile in modo "deduttivo" e perciò realmente pre-

vedibile alle norme scritte che gli organi giudicanti dicono di interpretare e che forniscono spesso ai medesimi solo l'occasione per creare altre norme (15).

Ne deriva che anche nel settore delle regole cautelari a cui ricollegare il rimprovero per colpa non può ritenersi il diritto giurisprudenziale vero baluardo del rispetto del principio di legalità.

Per la verità, anche la creazione di un nuovo organo politico ausiliario del giudice che stabilisca - nell'ottica di quanto si è proposto - i parametri precauzionali adeguati al caso concreto potrebbe sembrare *prima facie* più una forma di legittimazione per l'applicazione futura degli stessi criteri a casi analoghi piuttosto che garanzia del rispetto del principio di legalità e della connessa esigenza di prevedibilità dei parametri nel momento in cui si creino le stesse regole per applicarle coevamente ai casi concreti.

Al fine, quindi, di consentire il rispetto del principio di legalità sul versante del potere di previsione del trattamento penale, bisogna procedere con ordine ed, innanzi tutto, esaminare la situazione relativa alla colpa specifica. In relazione a quest'ultima, bisogna distinguere le ipotesi in cui la necessità di creazione di una nuova regola per il caso specifico rimanga contenuta - quasi che la si possa apprezzare dal punto di vista quantitativo - entro i profili tipici della norma scritta in cui si racchiuda il criterio precauzionale, dalle situazioni in cui il parametro individuato in concreto se ne distingua qualitativamente.

Nella prima situazione la prevedibilità è assicurata perché il cittadino deve fare i conti nel porre in essere una condotta con tutti i comportamenti vietati nell'insieme chiuso di condotte immaginate dal legislatore.

Nell'altro caso, per la mancanza del criterio preconstituito da far valere nel concreto non si potrà muovere il rimprovero per colpa e si dovrà inevitabilmente prosciogliere.

A questo punto, va precisato, però, che solamente quando sia "evidente" che il nuovo criterio sia irriducibile al dettato nella norma precauzionale scritta deve operare la situazione del proscioglimento.

Infatti, anche nell'ambito dei casi di colpa specifica, l'esplicitazione dei criteri cautelari attraverso regole scritte potrebbe comportare l'uso di clausole

(14) Sui rapporti tra diritto giurisprudenziale e principio di legalità cfr., tra gli altri, Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Scritti 1964-2000*, 225 ss. e Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorien-*

tamenti, Napoli, 2008, *passim*.

(15) Sul punto, vedi, per tutti, Contento, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Scritti 1964-2000*, 225 ss.

elastiche e, comunque, l'esistenza di significati normativi che in relazione a determinati casi concreti possano rivelarsi equivoci.

In tal caso, dovrebbe scattare lo stesso apparato di garanzie a cui bisogna ricorrere in tema di colpa generica.

Venendo a queste ultime, bisogna, allora, sottolineare che il descritto fenomeno di creazione della regola cautelare valida per la situazione specifica non intacca l'astratta riconducibilità del parametro alle clausole generali elastiche della negligenza dell'imprudenza e dell'imperizia per cui sembrerebbe non esistere una distinzione qualitativa tra criteri che non possa essere ricondotta in ultima analisi alle categorie qualitative della colpa previste dal legislatore.

Si vuole dire che non esiste un *deficit* di tipicità delle norme sulla colpa intesa come esistenza di limiti normativi esterni all'insieme di comportamenti vietati, pur diversi dalle limitazioni più specifiche a cui si accennerà subito in appresso come ambito delle scelte dell'organo politico ausiliario al giudice.

Quel che potrebbe mancare potrebbe essere al contrario la tassatività intesa come determinatezza delle regole quale ulteriore requisito necessario ai fini della prevedibilità del trattamento penale.

Ebbene, in proposito, va ricordato che la tassatività sussiste sempreché possa essere provato il comportamento da sussumere nel profilo normativo di cui verificare la determinatezza (16).

Questo ben può accadere rispetto ai dati normativi di natura valutativa - oltre che a fronte di quelli di marca naturalistica - quando le aspettative sociali che danno contenuto concreto alle clausole elastiche nei casi concreti siano chiare in modo che sul piano fattuale, e non di un disorientato dover essere, ogni cittadino possa sapere in anticipo quale comportamento una certa comunità consideri rimproverabile per negligenza imperizia o imprudenza. In tal caso, attraverso il contraddittorio estrinsecantesi, per esempio, in perizie sociologiche, si potrà dare significato alle clausole elastiche delle generiche previsioni di colpa senza dover prevedere in anticipo per iscritto tutti i comportamenti censurati.

Muovendosi su un registro di dati evidenti, siffatta attività può essere condotta dal giudice senza dover ricorrere al proposto organo politico ausiliario a cui andrebbe affidato il solo potere di creare le regole per i casi specifici esclusivamente nei casi in cui le aspettative sociali non siano chiare (17).

In proposito, quando, invece, sia confuso il quadro di ciò che si aspetti una comunità e sorga nondimeno l'esigenza di individuare una nuova regola comportamentale per un caso concreto, l'accennato organo politico dovrebbe stabilire il parametro in questione, ma per la sua imprevedibilità da parte del cittadino, sembrerebbe che quest'ultimo debba andare esente da punizione in relazione al comportamento tenuto che possa sussumersi non nel quadro delle norme scritte per come interpretate alla luce delle aspettative sociali evidenti, bensì esclusivamente nel nuovo parametro forgiato creativamente dall'organo ausiliario (18).

Senonché, è bene precisare che se per il cittadino esista la possibilità non meramente congetturale di immaginare che la dizione normativa dal significato incerto possa corrispondere ad un'aspettativa sociale concreta, sebbene non evidentemente prevalente, deve ritenersi che sussista comunque la prevedibilità della regola cautelare e della connessa previsione penale, sia pure quanto ai limiti esterni del tipo di parametro individuabile in modo più specifico rispetto al quadro delle limitazioni della norma scritta.

Ora, questa situazione effettivamente ricorre perché l'individuazione del parametro precauzionale, pur rimanendo di tipo creativo nell'ipotesi prospettata, non avverrà mai in modo arbitrario, bensì nell'ambito di un concreto quadro di limiti contentutistici perché oggetto di un confronto "argomentativo" scandito da passaggi procedurali e, quindi, da categorie interpretative di riferimento, nonché da dati informativi desunti dall'esperienza ed apprezzabili conseguentemente come forieri di una fissazione di significati normativi preventivabile almeno entro una cornice esterna che condiziona la determinazione delle alternative.

Sarà l'esito del bilanciamento di prospettive ricostruttive ad essere incerto, ma la procedura, le categorie di approccio alla realtà ed i dati di riferi-

(16) Vedi, in proposito, Corte cost. 8 giugno 1981, n. 96, in www.iusexplorer.dejure.it

(17) Sulla possibilità di provare con il solito strumento del contraddittorio la serie di comportamenti da cui sia desumibile l'aspettativa prevalente da ricondurre, poi, alla clausola elastica della previsione normativa cfr. Menna, *Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo "creativo" tra le Corti*, in questa

Rivista, 2012, *passim*.

(18) Sulla necessità di intervento di una giuria elettiva di esperti che quale organo politico ausiliario al giudice stabilisca quale debba intendersi come aspettativa sociale prevalente ad una clausola normativa elastica - come quelle in tema di colpa generica - cfr. Idem, *Giurie elettive di esperti per favorire un dialogo "creativo" tra le Corti*, in questa *Rivista*, 2012, *passim*.

mento saranno chiari e come tali possono far prefigurare i limiti anche contenutistici entro cui si iscriverà il precipitato dell'attività di fissazione della regola.

Tutta questa dinamica vale non solo per l'individuazione della regola cautelare relativa, come si è detto, al profilo oggettivo della colpa, bensì deve trovare applicazione anche relativamente al profilo soggettivo della rimproverabilità per colpa e, quindi, alla prevedibilità ed evitabilità dell'evento colposo ed alla convergente esigibilità della condotta nella situazione umana concreta dell'agente.

Pure a tal proposito, il rimprovero può scaturire da un parametro di esigibilità che raccordandosi alla natura elastica della normativa sulla colpa può ricevere significato anche solo dalla prova in contraddittorio delle palesi aspettative sociali relativamente a quanto si possa esigere da un soggetto che versi in una determinata situazione.

Ed allora è salva la prevedibilità della previsione penale.

Se, invece, si dessero situazioni in cui le situazioni concrete all'attenzione del giudice non fossero chiaramente riconducibili ad una aspettativa sociale di cui si possa provare attraverso il contradditto-

rio processuale - eventualmente traducentesi in perizie sociologiche - la prevalenza, dovrebbe intervenire l'organo politico ausiliario a cui si è accennato per stabilire cosa debba intendersi per aspettativa della comunità in ordine ad un caso concreto nuovo, relativamente ad una clausola elastica non applicabile in termini certi alla ipotizzata situazione.

Rispetto a siffatto criterio, la prevedibilità quanto meno dei limiti contenutistici esterni che siano sul tappeto ai fini dell'individuazione pur creativa del significato della regola sussiste per quanto si è detto e, quindi, il cittadino non dovrebbe andare esente dalla punizione per colpa.

Anche rispetto alle fattispecie relative al profilo soggettivo della rimproverabilità per colpa, naturalmente, vi è poi da sottolineare che quando le stesse fossero riconducibili ad un *novum* apprezzabile in termini solo quantitativi e tale, quindi, secondo un principio di continenza, da poter essere rianodato in termini deduttivi - e non solo di limitazione esterna - ai confini tipici della previsione penale, non sarebbe necessario scomodare l'apparato di garanzie a cui si è accennato per individuare il parametro da applicare al caso concreto.