

Dr. jur. Dr. med. Gerhard Kremer

RECHTSANWALT

# La responsabilità penale per danno da prodotto in Germania (teoria e prassi)

Bari, 15 Aprile 2009

Internationales Privatrecht ■ Arzt- und Pharmarecht

Josef-Knettel-Str. 8  
55411 Bingen

gerhard.kremer@mail.mcgill.ca  
www.gerhard-kremer.eu

## Introduzione

La responsabilità penale del produttore, nella dottrina e nella giurisprudenza, ha dimostrato uno sviluppo distinto, negli anni recenti, ed è diventato un fattore rilevante nella vita giuridica e sociale di oggi - non soltanto sul livello locale, ma nel senso di uno sviluppo internazionale, cioè europeo.

*Leading cases* di questo sviluppo, dimostrando le esigenze della società moderna<sup>1</sup>, sono il *Lederspray-Fall* del BGH<sup>2</sup> in Germania di 1990 e il *Rapsöl-Urteil* del Tribunal Supremo<sup>3</sup> in Spagna di 1992. Come Kuhlen dice<sup>4</sup>, di buona ragione, se due sentenze, in due paesi, dimostrano una similarità impressionante - non l'una ripresa dall'altra, ma tutt'e due risultando da uno sviluppo giuridico indipendente e contemporaneo, questo non viene facilmente spiegato da mera coincidenza, ma piuttosto da una necessità genuina nella società<sup>5</sup>.

Altre sentenze sono seguite, e la dottrina in merito è ampia - le esamineremo più tardi. Se esaminiamo la giurisprudenza italiana, vediamo che si discutono, fra altri argomenti, la prevedibilità e la causalità dei danni e - in questo contesto - il ruolo della prova scientifica<sup>6</sup>. Anche qui vediamo una vistosa similarità degli argomenti, riguardando, per esempio, il *Ledersprayfall* già menzionato, ed il *Holzschutzmittelfall*<sup>7</sup>, il secondo caso importante in questo campo. Tutt'e due le sentenze sono decisioni dello stesso Senato, basate sullo stesso concetto giuridico, ma analizzando bene la fattispecie dei due casi, arrivano a risultati diversi.

Se ora domandiamo, ma quali sono le risposte da aspettarsi dalla dottrina e dalla giurisprudenza sugli sviluppi e rischi della società di oggi, manifestatosi nei suddetti *leading cases* in diversi paesi europei, si legge le spiegazioni seguenti:

- La classica definizione della condotta doverosa (la diligenza impiegata da una persona ragionevole nella situazione concreta<sup>8</sup>) deve essere concretizzata nell'ambito della società moderna<sup>9</sup>.

---

1 Lothar Kuhlen, Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 23 (1994), S. 1142

2 BGH 6.7.1990 (2 StR 549/89) BGHSt 37, 106 (Le massime in italiano si trovano nell'appendice)

3 Tribunal Supremo 23.4.1992 NSTZ 1994, 37

4 Lothar Kuhlen, Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 23 (1994), S. 1142

5 L'importanza del *Ledersprayfall* viene ribadita da quasi tutti autori in questo campo. Vedi per esempio Bernd-Dieter Meier, "Verbraucherschutz durch Strafrecht?" in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1992 p. 3193 (3194): "Diese unbefriedigende Situation änderte sich von Grund auf durch die 'Lederspray'-Entscheidung des BGH vom 6.7.1990. Sowohl der Begründungsaufwand ... als auch die Veröffentlichung ... machen deutlich, daß ... (sie) die weitere Entwicklung der strafrechtlichen Produkthaftung beeinflussen sollte:"

6 Vedi le sentenze intorno a Porto Marghera, cioè le decisioni del Tribunale di Venezia 22. 10. 2001 e della Corte d'appello di Venezia 15. 12. 2004 (tutt'e due in R.i.d.p.p. 2005, p. 1670) e la decisione della Corte di Cassazione 17. 5. 2006, Il Foro Italiano CXXXII (2007) II, 550.

7 BGH 2. 8. 1995 (2 StR 221/94) BGHSt 41, 206 ss.; NJW 1995, 2930 ss. Un estratto della sentenza in italiano si trova nell'appendice.

8 Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl., § 15 II 3 S. 255: "...Anforderungen, die sich bei einer Betrachtung der Gefahrenlage ex ante an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und der sozialen Rolle des Handelnden stellen", con molti citazioni (FN 23).

9 Kuhlen, Grundfragen der Strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 1994, 1142

- Tale concretizzazione<sup>10</sup> permette la "stabilizzazione"<sup>11</sup> della società in generale, e la protezione dei consumatori individuali, con gli strumenti del diritto penale. Questa funzione del diritto penale, secondo autori moderni, in fondo è la vera ragione per il suddetto sviluppo della giurisprudenza in vari paesi europei.

La concretizzazione della condotta doverosa, assieme con una definizione della causalità che è adattata alle esigenze della società moderna ed i suoi rischi, comunque deve rispettare i fondamenti ed i valori del nostro ordinamento giuridico: La responsabilità individuale, la considerazioni degli elementi soggettivi, ed il immutabile "*in dubio pro reo*". Tentazioni ci sono<sup>12</sup>. Vengono dalla dottrina penale stessa, come la *Risikoerhöhungslehre*<sup>13</sup>, o vengono dall'ambiente sociale, se si trasferiscono le regole del diritto civile sul diritto penale senza rispettare le sue esigenze fondamentali, o dall'ambiente pubblico, con la tendenza di identificare una persona colpevole dopo sciagure tragiche<sup>14</sup>.

Allora, se la mia relazione comincerà con i fondamenti teorici e metodologici, una ragione è che io ho il piacere di parlare davanti a colleghe e colleghi italiani, e non posso presupporre la conoscenza del diritto penale tedesca. Ma, ugualmente importante, la responsabilità penale del produttore, nel diritto moderno, è basato, e deve essere basato, sui principi classici del nostro ordinamento giuridico - in Italia come in Germania (essendo diversi nella struttura, ma essendo basati sugli stessi valori).

In questo senso, ci si occuperà anche delle sentenze di Porto Marghera, dove si vedono discussioni simili (per esempio sul ruolo delle "leggi scientifiche"), e dove si osservano proprio le stesse "tentazioni", le quali Kuhlen ha osservato 10 anni prima delle sentenze di Porto Marghera.

---

10 Kuhlen, Grundfragen der Strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 1994, 1142 dice corettamente: "Voraussetzung dafür ist eine Konkretisierung...". Tanto è evidente: Le norme penali devono essere concrete.

11 Joachim Vogel, Verbraucherschutz durch strafrechtliche und funktionale Aspekte, Goldammer's Archiv 1990, 241 (264): "Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung" ist weniger ein sozialstaatliches als vielmehr ein rechtsstaatliches Anliegen, welches auf den Individualrechtsgüterschutz durch die Stabilisierung der Verletzungsverbotnormen abzielt".

12 Kuhlen, Grundfragen der Strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 1994, 1142 (1943).

13 Dottrina del rischio aumentato.

14 Kuhlen, Grundfragen der Strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 1994, 1142 (1943) "...die Versuchung, bei Realisierung spezifisch moderner Risiken in spektakulären Unglücksfällen wegen Körperverletzung oder Tötung zu bestrafen, obwohl man bei einer fairen Zurechnung zur Strafflosigkeit kommen müßte."

# I Il fondamento teorico

## 1) Il reato doloso

<b>Schuld</b>  <i>Colpevolezza</i>	Die Zumutbarkeit, das Gebotene zu tun (Entschuldigender Notstand; Notwehrexzeß) Stato di necessità disculpante; difesa eccessiva		↑
	Fähigkeit, das Gebotene zu erkennen: Verbotsirrtum <i>L'imputabilità dell'ignoranza della legge</i>		↑
	Allgemeine Schuldfähigkeit <i>Imputabilità generale</i>		↑
<b>Rechtswidrigkeit</b> <i>Mancanza di esimenti</i>	Zum Beispiel Notwehr <i>Per esempio la legittima difesa</i>		↑
<b>Der Tatbestand der Vorsatztat</b>  <i>Il fatto del reato doloso (commissivo o omissivo)</i>	<b>Subjektiver Tatbestand: Vorsatz, besondere Absichten</b> <i>Fattispecie soggettiva: Dolo; intenzioni particolari</i>		↑
	<b>Objektiver Tatbestand</b>  <i>Fattispecie oggettiva</i>	<b>Objektive Zurechenbarkeit</b> <i>Imputabilità oggettiva</i>	↑
		<b>Kausalität (Causalität)</b>	↑
		<b>Ggf: Erfolg (Evento, all'occorrenza)</b>	↑
	<b>Tun oder Unterlassen</b> <i>Commissione/omissione</i>	↑	

### a) La causalità e la Objektive Zurechenbarkeit (imputabilità oggettiva)

Il reato doloso è basato, come nel diritto italiano, sul fatto del reato. Nel diritto tedesco si conoscono il fatto oggettivo ed il fatto soggettivo (dove si trova il dolo - diretto o indiretto). Questa allocazione del dolo si potrebbe discutere, ma - nel contesto del nostro tema - non è di rilevanza.

Più interessante sono la causalità e l'imputabilità oggettiva. La causalità segue la famosa formula della "*conditio sine qua non*". L'imputabilità oggettiva chiede: "Ha l'agente creato un pericolo disapprovato dalla legge, il quale si è manifestato in maniera tipica nell'evento del reato<sup>15</sup>?"

15 Hat die Handlung eine rechtlich mißbilligte Gefahr geschaffen, die sich im tatbestandsmäßigen Erfolg manifestiert (Wessels/Beulke, Strafrecht allgemeiner Teil, 2007, p. 65, RN 179)

La definizione della causalità è ampia. Un saluto amichevole, "ciao come stai?" può iniziare una catena causale, alla fine della quale l'altro muore tragicamente in un accidente stradale. In questa costruzione, il saluto gentile ha causato l'accidente fatale, ma non ha creato un rischio disapprovato dalla legge, e non si è per niente manifestato tipicamente nell'evento fatale.

Un esempio meno evidente: Dopo un tentativo d'omicidio, la vittima viene portata nell'ospedale, e lì muore (a) di una complicazione post-operativa e (b) perché il tetto dell'ospedale crolla. In tutt'e due i casi l'assalto dell'agente era causale per la morte della vittima, ma soltanto nel caso (a) l'esito fatale è oggettivamente imputabile, nel caso (b) no: I tetti degli ospedali non tendono a crollarsi sopra le vittime di un assalto. Una complicazione post-operativa, invece, è definitivamente la manifestazione tipica di un rischio disapprovato dalla legge.

Cioè: *La Objektive Zurechenbarkeit* non sostituisce la causalità, ma è un secondo filtro, il quale permette l'esclusione di eventi che sono causati dall'agente, ma non possono imputati ragionevolmente a lui. L'ominosa *Risikoerhöhungslehre*, la quale discuteremo dopo, è qualcosa diverso.

#### *b) La causalità dell'omissione*

La casualità dell'omissione, nel senso della *conditio sine qua non*, si definisce così: Se l'agente si avesse comportato doverosamente, l'evento sarebbe successo lo stesso - o no?

Esaminiamo una situazione semplice: Un uomo sta per affogare vicino al molo, sua moglie (cioè una persona in posizione di garante) sta sul molo, tiene un salvagente nelle mani, ma dolosamente non lo getta. Il marito affoga. Benché la situazione sia semplice, le costellazioni possibili sono diverse:

#### Per la moglie

- 1) Lei è sicura che suo marito affogherà in ogni caso.
- 2) Lei non è sicura, ma pensa che sia possibile.
- 3) Lei è sicura di poter salvare il marito, se getta il salvagente.

#### Per il marito

- a) Lui sarebbe salvato con il salvagente.
- b) Lui non sarebbe salvato con il salvagente.

	a	b
1	non è un omicidio doloso (manca il dolo)	non è un omicidio (manca la causalità ed anche il dolo)
2	omicidio doloso (dolo eventuale)	omicidio tentato (il dolo c'è, ma manca la causalità)
3	omicidio doloso (dolo diretto)	omicidio tentato (il dolo c'è, ma manca la causalità)

Fino a qui, la situazione è chiara. I casi problematici sono quelli, dove non si sa se il marito potrebbe essere salvato. Ma, questi casi, li discuteremo assieme all'omissione colposa.

c) *Handlungsunwert* ed *Erfolgsunwert*

Il secondo livello strutturale del reato è la *Rechtswidrigkeit*, oppure la illegalità, oppure l'assenza di giustificazioni. Non dovremmo discutere questo per il nostro tema, ma dobbiamo perché, nella *Rechtswidrigkeit*, si è sviluppato un concetto dicotomico, che sarà cruciale, nell'argomentazione del BGH, per la posizione di garante del produttore per un ritiro necessario, cioè in un contesto completamente diverso.

La dicotomia in questione è quella del "*Handlungsunwert*" (azione disapprovata) verso il *Erfolgsunwert* (evento disapprovato). Una parte della dottrina richiede - per permettere la legittima difesa - che l'attacco rappresenta un'azione disapprovata, l'altra accetta un evento disapprovato: Se, per esempio, qualcuno guida la sua macchina con cura e secondo tutte le regole, ma una terza persona (accanto al conducente) vede (il conducente non lo può), che lui sta per investire un bambino, l'azione del conducente non è scorretta, ma l'evento imminente è disapprovata dalla legge.

Secondo gli aderenti dell'*Erfolgsunwert*, il terzo può, per salvare il bambino, agire in legittima difesa contro il conducente (per esempio spingerlo da parte). Secondo gli aderenti del *Handlungsunwert*, qui la legittima difesa non è possibile - ma, in questo caso, il terzo potrà agire nello stato di necessità (con lo stesso risultato). Questo è tutto, per ora. Vediamo più tardi, che cosa il BGH ne fa.

## 2) Il reato colposo

<b>Colpevolezza</b>	<b>Gli elementi della colpevolezza già spiegati (per il reato doloso)</b>		
	<b>Subjektive Sorgfaltspflichtverletzung und Zurechenbarkeit</b>  <i>Condotta soggettivamente non-doverosa e imputabilità soggettiva</i>	<i>Prevenibilità</i>	↑
		<i>Prevedibilità dell'evento</i>	↑
		<i>Condotta non-doverosa</i>	↑
<b>Rechtswidrigkeit</b>	<i>Mancanza di esimenti</i>		↑
<b>Objektiver Tatbestand der fahrlässigen Tat</b>  <i>Il fatto oggettivo del reato colposo</i>	<b>Objektive Zurechenbarkeit</b> <i>Imputabilità oggettiva</i>	<i>Scopo della norma protettiva</i>	↑
		<i>Prevenibilità (./ condotta alternativa doverosa)</i>	↑
	<b>Objektive Sorgfaltspflichtverletzung</b> <i>Condotta oggettivamente non-doverosa (agente modello, ex ante)</i>	<i>Prevedibilità dell'evento</i>	↕
		<i>Condotta non-doverosa (generica / specifica) ./ rischio legittimo</i>	↕
	<b>Kausalität Causalità (conditio sine qua non): ex post</b>		↑
	<b>Erfolgseintritt Evento</b>		↑

Sul livello oggettivo (*objektiver Tatbestand*), si tratta strettamente dell'agente modello, cioè di una persona ragionevole, la quale impiega la diligenza da aspettarsi nella situazione concreta. Questo non vuol dire che ogni agente abbia le stesse capacità. Sul livello oggettivo, però, si definisce il comportamento adeguato, nel quale anche gli altri possono fidarsi.

In questo senso, una condotta è doverosa o non-doverosa - indipendentemente dalle capacità individuali dell'agente concreto. Poi, sul livello soggettivo (cioè nella colpevolezza), si esaminano le capacità dell'agente concreto. Questo esame, però, non è rilevante per le relazioni fra l'agente e gli altri, ma solamente per la responsabilità individuale, cioè la punibilità dell'agente.

In questo contesto si deve menzionare l' "*Übernahmeverschulden*" (l'assunzione colpevole): Una persona accetta un lavoro (per esempio un chirurgo accetta un paziente da operare), e poi, non avendo la conoscenza necessaria, fa uno sbaglio fatale. In prima linea, egli ha agito non-doverosamente sul livello oggettivo: (a) l'assunzione del lavoro era non-doverosa (se non era un'operazione d'urgenza che nessun altro avrebbe potuto fare); (b) l'operazione stessa era definitivamente non-doverosa.

Sul livello soggettivo, lo sbaglio durante l'operazione stessa non è imputabile (semplicemente non poteva farlo meglio). Per quanto all'assunzione del lavoro, si deve esaminare: Poteva sapere di non essere capace, e poteva sapere che la situazione non richiedeva il suo intervento per ragioni di necessità? Se questo è il caso, egli è colpevole (*Übernahmeverschulden*); altrimenti non è.

*a) Die objektive Sorgfaltspflichtverletzung (la condotta non-doverosa)*

Il chiave per il delitto colposo è la condotta oggettivamente doverosa. La causalità del delitto colposo è di natura chiaramente normativa, conseguentemente la sua definizione non è possibile prima della descrizione della condotta doverosa. Si vedrà perché.

La doverosità della condotta può essere di natura generica o di natura specifica. La doverosità specifica è basata su una norma specifica, per esempio: Se il semaforo è rosso, non si deve andare. Conseguentemente, la verifica della non-doverosità specifica è triviale (più problematica sarà la prevedibilità di un eventuale evento).

La doverosità generica è basata su una norma generale (per esempio la norma che punisce l'omicidio colposo o la lesione fisica colposa), o su una norma specifica, la quale, comunque, si deve essere interpretata nella situazione concreta (per esempio: Nel traffico stradale, ognuno si deve comportare in un modo, che nessuno è messo in pericolo).

*b) La prevedibilità dell'evento e il rischio lecito*

La differenza fra colpa specifica e colpa generica è: La non-doverosità specifica segue dalla violazione della legge, poi si esamina la prevedibilità. Per quanto alla colpa generica, la prevedibilità e il rischio lecito sono parte integrale dell'esame della non-doverosità.

Cominciamo con la colpa specifica. Talvolta si legge che la violazione di una norma specifica indichi la prevedibilità dell'evento, almeno se l'evento è proprio un tale come la norma vuole prevenire. Certo - questo è un criterio per l'esame della prevedibilità - ma non c'è un automatismo<sup>16</sup>.

Il BGH doveva decidere questo caso<sup>17</sup>: § 10 StVO dice che non si deve sorpassare davanti ad un incrocio (per non mettere in pericolo qualcuno che gira a sinistra). Un imputato ha fatto proprio questo (ha sorpassato un ciclista davanti ad un incrocio), il ciclista è girato a

---

<sup>16</sup> Wessels-Beulke, Strafrecht Allgemeiner teil, § 15, RN 672

<sup>17</sup> BGH 23. 4. 1953, BGHSt 4, 182

sinistra, era investito ed è morto. Il BGH, per le circostanze concrete del caso, ha deciso che l'accidente non era prevedibile.

Torniamo alla colpa generica. Come già detto, la prevedibilità dell'evento, in doverosa considerazione del rischio lecito, è la base della doverosità (o non-doverosità) della condotta.

La domanda è: Il nostro agente modello, nella situazione concreta (visto ex ante), che cosa avrebbe fatto. Se una persona ragionevole, per non mettere in pericolo altra gente, non si avrebbe comportato nella stessa maniera come l'agente concreta, la condotta non è doverosa.

Si capisce che una persona ragionevole, se vede dei rischi inaccettabili, si astenerrebbe dall'azione pericolosa - anche se non sa per sicuro, che qualcosa di male succederà, e se non c'è una prova scientifica in questo senso. Questo è, tout court, la base della responsabilità anche del produttore (in un quadro, si capisce, molto più ampio e complesso). Ma noi l'esamineremo dopo.

### *c) La prevenibilità dell'evento e la causalità*

Già abbiamo detto, che la causalità dell'atto omissivo è un concetto strettamente normativo, non un concetto scientifico. Si compara la situazione reale con una situazione ipotetica: Che cosa sarebbe successo, se l'omettente si avesse comportato doverosamente, ciò vuol dire, prima di verificare la causalità, si deve verificare la condotta doverosa<sup>18</sup>.

E l'atto commissivo? Esaminiamo una situazione semplice. Un chirurgo, durante un'operazione, dovrebbe tagliare un vaso sanguigno. Sbaglia, e taglia il vaso accanto. Il paziente muore, la causa della morte è, oltre ogni dubbio, l'intervento del chirurgo. Omicidio colposo, almeno sul livello oggettivo? Dipende. La domanda è, se si può escludere, che il paziente sarebbe morto anche se il chirurgo avesse tagliato il vaso giusto. Questo è la condotta doverosa alternativa. E solo, se si può dimostrare, che l'evento sarebbe stato evitato sotto la condotta doverosa (*mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*, cioè al di là ogni dubbio ragionevole), la condotta non-doverosa è causale (*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*)<sup>19</sup>.

Il *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, nell'evoluzione del diritto penale, si è mosso dalla *Schuld* (colpevolezza), via la *Rechtswidrigkeit* (illegalità) alla causalità, dove finora è rimasto (come dimostra la giurisprudenza del BGH - vedi il *Lastwagenfall* già citata<sup>20</sup>).

Allora, per la colpa commissiva come per la colpa omissiva, prima di definire la causalità, bisogna verificare la condotta doverosa. E, soltanto quando il "delta" è causale (cioè il

---

18 BGH, 8.7.1987, BGHR Strafsachen, StGB vor § 1 / Kausalität: Einem Arzt, der eine geboten Behandlung pflichtwidrig nicht veranlaßt, ist der Tod des Patienten nur anzulasten, wenn der Patient bei pflichtgemäßem Handeln mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit überlebt hätte. Nello stesso senso in casi simili di responsabilità medica: OLG Düsseldorf 14. 1. 1993, OLGSt § 222 Nr. 9; BGH 3. 3. 1994, BGH StV 94, 425

19 Lastwagenfall. BGH 25. 9. 1957 (4 StR 354/57), BGHSt 11, 1.

20 BGHSt 11, 1.

delta fra condotta doverosa e condotta non-doverosa), la commissione o l'omissione è causale.

Esaminiamo, ancora una volta, la vicenda della moglie che non getta il salvagente (minimamente modificata): Un uomo sta per affogare vicino al molo, sua moglie sta sul molo, tiene un salvagente nelle mani, ma non lo getta. Il marito affoga. Vediamo i scenari diversi:

#### Per la ma moglie

- 1) Lei pensa per sicuro, che suo marito affogherà in ogni caso.
- 2) Lei non è sicura - ma non pensa neanche che la vita del marito dipenda da lei. Se lei se ne accorgesse, getterebbe il salvagente.
- 3) Lei non è sicura, ma non vorrebbe neanche escludere che la vita del marito dipenda da lei. Non di meno non getta il salvagente.
- 4) Lei è sicura di poter salvare il marito, se getta il salvagente.

#### Per il marito

- a) Lui sarebbe salvato col salvagente - non ci sono dubbi.
- b) Non si può dire se il marito sarebbe stato salvato. Tanto è evidente, però, col salvagente le sue prospettive sarebbero state migliori.
- c) Si può provare, che il marito sarebbe affogato anche col salvagente.

	a	b	c
1	om. colp. (non consapevolmente)	0 (R: om. colposo)	0
2	om. colp. (consapevolmente)	0 (R: om. colposo)	0
3	om. dol. (dolo eventuale)	om. tent. (R: om. completo)	om. tent.
4	om. dol. (dolo diretto)	om. tent. (R: om. completo)	om. tent.

La tavola parla per se: Solo la colonna media si deve discutere. Questi sono i casi, dove non si sa, se il marito sarebbe salvato. Se si segue il principio del *in dubio pro reo*, come il BGH<sup>21</sup> (e la maggioranza della dottrina), la colonna media è uguale alle colonna destra. Se si segua la "*Risikoerhöhungslehre*", segnalato con "R" (Roxin e una parte della dottrina tedesca), la colonna media è uguale alla colonna sinistra.

Tanto per ora. Si discuterà quest'argomento proprio lì, dove se la discute anche nella realtà, cioè nella responsabilità del produttore, soprattutto se egli non ritira (o ritira tardi) la sua merce dannosa.

<sup>21</sup> Ancora una volta BGH, 8.7.1987, BGHR Strafsachen, StGB vor § 1 / Kausalität: Ist ein Überleben nach dem stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse nur möglich oder (in hohem Maße) wahrscheinlich, kann der verbleibende Zweifel nicht mit Erwägungen ausgeräumt werden, die diese Erkenntnisse unberührt lassen.

d) *Lo scopo della norma protettiva*

In quasi ogni compendio del diritto penale tedesco, si legge un esempio piuttosto triviale per lo "*Schutzzweck der Norm*": Un conducente passi il semaforo al rosso. Vinca due minuti, ed arrivi due minuti prima nella prossima città (similmente al nostro primo caso del "*ciao come stai?*"). Un passante salta sulla strada, e il conducente, il quale ora va in modo perfetto, non può evitare di investirlo. Reato colposo? Vediamo un po': Lui ha violato una legge (è andato al rosso). Questa violazione è causale per l'accidente: Se avesse assetato il verde, sarebbe arrivato nella prossima città due minuti più tardi. Manca però, lo *Schutzzweck der Norm*. Il semaforo vuole regolare il traffico nell'incrocio stesso, ma non vuole impedire, che le auto arrivino nella prossima città due minuti prima.

Tanto per spiegare il concetto. Ma, io penso che valga la pena di riferire un caso del BGH, il quale dimostra un esame, veramente analitica, degli elementi della imputabilità colposa<sup>22</sup>:

Una paziente si era recata al dentista per l'estrazione di un dente. L'estrazione era difficile, per ciò si voleva l'anestesia totale. La paziente aveva menzionato dei problemi cardiaci, per ciò il dentista avrebbe dovuto chiedere un esame cardiaco. Lui non l'ha fatto, e la paziente è morta durante l'estrazione. La ragione della morte, però, non era il cuore, ma una reazione imprevedibile sull'anestesia. Comunque, se il dentista l'avesse mandata dall'esame cardiologico (i risultati della quale non avrebbero parlato contro l'operazione, come si accertava dopo), l'estrazione sarebbe stata due settimane più tardi, e la paziente sarebbe morta due settimane più tardi - e l'abbreviazione colpevole della vita costituisce l'omicidio, anche se si tratta un periodo breve<sup>23</sup>. Allora: un caso d'omicidio colposo? Vediamo cosa dice il BGH:

L'evento c'è. La condotta era non-doverosa, perche il dentista non ha mandato la paziente dal cardiologo. Qui c'è anche la *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*. Perche, se il dentista avesse mandato la paziente doverosamente dal cardiologo, lei avrebbe vissuto due settimane più lungo. Ma: questo non succede nello *Schutzzweck der Norm* (nello scopo della norma): La norma non vuole concedere ai pazienti una dilazione, prima che gli inevitabili rischi si possano manifestare, ma vuole escludere degli rischi cardiaci - e proprio un tale rischio non era la causa della morte.

---

22 Zahnarztfall: BGH 27. 4. 1966, BGHSt 21, 59

23 Vedi, specificamente nel campo del diritto medico, la decisione del BGH 3.3.1994, in NJW 1994 514 (515), Anm. Puppe: "wenn der Patient länger gelebt hätte..."

*e) Il Versari in re illicita*

Nella letteratura si trova il termine "*versare in re illicita*". Questo concetto è: Una volta qualcuno si comporta non-doverosamente, lui è responsabile per tutte le conseguenze della sua condotta<sup>24</sup>. Questo concetto è estraneo al nostro ordinamento giuridico, in Italia come in Germania (anche se qualche sentenza, forse anche quelle di Porto Marghera, con un'interpretazione ampia della prevedibilità e dell'imputabilità, lascia pensare un po' al concetto del *versari*).

Questo concetto, però, non è soltanto estraneo al nostro ordinamento giuridico, è anche profondamente ingiusto: Un uomo che ha violato una norma che protegge certi beni o impedisce certi pericoli (per esempi certe leggi sul lavoro), non può essere tenuto colpevole per danni distintamente diversi (per qualità e/o per gravità) da quelli che sono la base della norma violata o che erano almeno una conseguenza prevedibile.

### *3) Colpevolezza*

La giurisprudenza sulla colpevolezza, nell'ambito del nostro argomento, è meno ampia. Una ragione può essere, che produttori, anche datori di lavori o medici, raramente possono obiettare la mancanza di certe capacità, spesso si può far valere almeno un *Übernahmeverschulden*.

C'è, però, almeno un caso, il quale è interessante specialmente per un datore di lavoro e, indirettamente, anche per i produttori. In questo caso, il BGH ha deciso, benché il datore di lavoro abbia tollerato una fonte di pericolo non-doverosamente, egli non era colpevole, perché le autorità, ne essendo consapevoli, mai hanno intervenuto.

Qui, benché l'agente modello avrebbe eliminato il pericolo, l'imputato non aveva agito non-doverosamente in senso soggettivo.

---

<sup>24</sup> Wessels-Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, § 15 RN 678

## II Porto Marghera

In fondo, ci sono due domande da discutere:

- 1) Nel senso della colpa specifica: Implicava la violazione delle norme protettive, come esistevano nel periodo rilevante (sulla base dello spettro dei danni conosciuti in quel tempo), la imputabilità dei tumori verificatisi, anche se quelli non erano specificatamente parte dello spettro noto)?
- 2) Nel senso della colpa generica: Indipendentemente della violazione delle norme esistenti, erano i tumori prevedibili per gli imputati?

### 1) La non-doverosità specifica

#### a) *La causalità*

Pare che la condotta dei dirigenti sia stata specificamente non-doverosa, perché la concentrazione del CVM era troppo alta.

Pare che il CVM sia stato la causa dei tumori in questione. Pare che, con un'esposizione alle concentrazioni permessi nel tempo dopo la vicenda, la situazione si avrebbe distintamente migliorata<sup>25</sup>.

La domanda è, però: Se le concentrazioni del CVM, nel periodo rilevante, fossero state come previste dalla legge in quel tempo lì, avrebbero sopravvissuto le vittime? Può si escludere, al di là d'ogni dubbio ragionevole, che i tumori - sotto le regole vecchie (se doverosamente seguite) - non si sarebbero manifestati? Se quest'accertamento è possibile, non si può negare la causalità. Se no, la causalità non è stabilita al di là d'ogni dubbio - anche se questo, per la *Risikoerhöhungslehre*, non farebbe una differenza (vedi sotto).

Nota bene: I valori premessi erano abbassati consecutivamente da 500 ppm (MAK)<sup>26</sup> in 1966, a 100 ppm (MAK) in 1970, poi a 50 ppm (MAK) in 1974 e finalmente, in riguardo alla cancerogenicità nuovamente scoperta, a 2 rispettivamente 3 ppm (TRK)<sup>27</sup> in 1975 (Stati Uniti: 1 ppm). Se la Corte di Cassazione dice<sup>28</sup> che "*basta richiamare le condotte ... da 1974 in poi ... idonee ... ad azzerare il rischio di contrarre l'angiosarcoma epatico*", quest'argomento non prova che la scrupolosa osservanza delle regole fino a 1974 avrebbe protetto i lavoratori. Prova il contrario: La riduzione dei limiti a 2 o 3 ppm dimostra, che i valori permessi nel periodo rilevante, essendo 20 a 200 volte più alte, evidentemente non sono considerati sicuri. Naturalmente, almeno nel senso della *Risikoerhöhungslehre*, si potrebbe dire che anche una riduzione modesta avrebbe ridotto il rischio.

---

25 Cass. 17 maggio 2006, Il Foro Italiano, 2007, pag. 550 (578)

26 Maximale Arbeitsplatzkonzentration (Germania)

27 Technische Richtkonzentration, per sostanze cancerogene o teratogene (Germania)

28 Cass. 17 maggio 2006, Il Foro Italiano, 2007, pag. 550 (578)

*b) La prevedibilità*

La differenza fra la prevedibilità e del versari in re illicita è: Nella prima, l'agente si comporta in modo non-doveroso, e conosce, o dovrebbe conoscere, le conseguenze di tale non-doverosità "*in groben Zügen*" (cioè press'a poco) per quanto alle qualità, la gravità e lo sviluppo causale (Kausalverlauf).

Nel versari in re illicita, lui sa che la sua condotta è non-doverosa, e poi egli è tenuto responsabile per tutte le conseguenze - prevedibili o no. Una tale "*Zufallshaftung*"<sup>29</sup> (responsabilità casuale) non è soltanto estranea al nostro ordinamento giuridico, ma come già spiegato, è anche profondamente ingiusta.

Se ora esaminiamo la prevedibilità nell'ambito della colpa specifica, dobbiamo ignorare la domanda, se gli imputati dovevano accorgersi anche di una possibile cancerogenicità della sostanza - questo esaminiamo nella colpa generica. Qui ci limitiamo allo scopo delle norme specifiche.

Lo scopo delle norme specifiche è uno spettro di possibili danni più o meno gravi, un'epatotossicità, che potrebbe essere cronica e - forse - in certi casi anche fatale. La domanda è, se i tumori manifestatisi, per qualità e gravità, sono parte di questo spettro.

Si deve sapere che il sarcoma è tipicamente un tumore molto aggressivo con una letalità estrema. Secondo me, un sarcoma ha sempre una qualità diversa, se lo spettro conosciuto non include esplicitamente dei rischi oncologici.

Il secondo criterio è, quale era la gravità da aspettarsi, e quale quella dei tumori. Si dovrebbe sapere, se la concentrazione eccessiva del CVM ha causato un numero maggiore di eventi gravi e fatali (fra quelli i tumori non sarebbero specialmente appariscenti), ho se - nello spettro intero - i tumori sono un problema distintamente cospicuo. Nel secondo caso, secondo me, si dovrebbe dire che i tumori, anche per la gravità del problema, sono differente dallo spettro dei danni conosciuti prima.

*c) Lo scopo della norma*

Le concentrazioni massime permesse dalla legge, nel tempo rilevante, erano evidentemente basate sui pericoli conosciuti prima della scoperta della cancerogenicità (in Germania: valori MAK, vedi sopra).

È una differenziazione distinta: Per i rischi generali, si definiscono concentrazioni massime considerate innocue sotto condizioni standard definite (valori MAK). Per sostanze cancerogene, non si può dare dei valori innocui, perché non si può definire una concentrazione innocua. Per tali sostanze la regola è: (1) Se possibile evitarle, (2) Se non si può evitarle, lavorare con la concentrazione più bassa, la quale tecnicamente è raggiungibile. Tali concentrazioni raggiungibili sono standardizzate e si chiamano TRK

---

29 Wessels-Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, § 15 RN 678

(*Technische Richtkonzentration*); sono molto più basse delle concentrazioni prescritte per altre sostanze (vedi sopra). Non sono convinto che lo scopo della norma qui copre i tumori.

## 2) La non-doverosità generica

Qui, la domanda é, se indipendentemente dalla norma specifica, l'agente modello avrebbe dovuto considerare il rischio della cancerogenicità, e se una persona ragionevole avrebbe reagito in modo diverso (qui, nella colpa generica, la prevedibilità definisce la non-doverosità della condotta).

Questo, in prima linea, è una domanda dei fatti. La Corte d'Appello dice di sì, affermando che gli imputati dovrebbero saperlo. La Corte si riferisce agli esperimenti non clinici (i quali - generalmente - sono di una rilevanza limitata per gli effetti sull'uomo).

La pubblica percezione, e anche le regole fatte dai governi, in quel tempo, non erano consapevoli della cancerogenicità del CVM. Questo dimostrano le concentrazioni menzionate sopra, e anche gli Stati Uniti, che - normalmente - sono molto severi con la protezione del consumatore, non si comportavano diversamente. Permettevano il CVM fino all'anno 1974 (cioè durante l'intero periodo in questione) come propellente negli spray, fra altri gli spray da capelli.

Il drammatico cambio delle regole dopo 1974, in molti paesi, lascia presumere, che le autorità non si siano accorte del rischio cancerogeno prima. Conseguentemente, l'affermazione della prevedibilità già prima di 1974 non è proprio convincente (anche se - per essere prevedibile - basterebbe *un sospetto fondato*).

Il Tribunale di Venezia richiede una legge scientifica per stabilire la prevedibilità. Il ruolo della prova scientifica è, infatti, uno dei temi più interessanti della dottrina moderna; almeno nel campo della causalità. Nel campo della prevedibilità, però, normalmente si chiede, se l'agente dovrebbe avere un sospetto fondato - la prova scientifica, su questo livello, normalmente non è un criterio. Cioè, in questo punto (non necessariamente nel risultato), la Corte d'Appello è in accordo con la giurisprudenza di altri paesi.

## 3) La colpa soggettiva

La consapevolezza della cancerogenicità di sostanze nell'uso d'ogni giorno, in quel tempo, era scarsa. Il CVM, nel periodo in questione, era usato come propellente per articoli nell'uso quotidiano, come per i spray da capelli (senza ogni possibilità di limitare l'uso nelle mani del cliente). Il FDA (negli Stati Uniti) aveva tutte le informazioni non-cliniche, sulle quali il P.M. ha basato l'accusa di colpa, ma ha vietato tale uso solo dopo.

Nel risultato, nel senso di una decisione recente<sup>30</sup>, non vorrei escludere che una corte tedesca avrebbe assolto gli imputati - se non per la mancanza della prevedibilità oggettiva, probabilmente per la non-prevedibilità soggettiva.

### III La responsabilità del produttore

Il diritto penale si rivolge alla persona fisica e individuale<sup>31</sup>, regolando il suo comportamento in un ambiente naturale, dove le esigenze di una condotta doverosa, normalmente, sono immediatamente intelleggibili. La produzione, e la distribuzione dei prodotti, in una società molto industrializzata, dove i produttori sono, tipicamente, delle corporazioni internazionali, e dove la distanza fra produttore e consumente si perde in un'anonimità completa, creando nuove e gravi fonti di pericoli<sup>32</sup>, è una sfida considerevole, certamente per il diritto classico penale, ma anche per il diritto civile e per altre branche del diritto.

Il diritto civile non si rivolge solamente alle persone fisiche e individuali, e non è basato - come il diritto penale - incondizionatamente sulla condotta accertata e la colpevolezza individuale. Così, il diritto civile ha sviluppato, negli ultimi trenta o quaranta anni, degli strumenti che non sanzionano una condotta individuale necessariamente non-doverosa - ma regolano la distribuzione dei rischi secondo criteri sociali ed economici, proteggendo soprattutto il consumente - il quale, infatti, altrimenti si troverebbe in una posizione ben inferiore. In questo ambiente, si menzionano le diverse leggi sulla responsabilità civile senza colpa<sup>33</sup>, sulla presunzione di colpa<sup>34</sup>, sulla presunzione della causalità<sup>35</sup> ecc.

L'esigenza di una definizione autorevole, in questa situazione aperta, è evidente. Come già menzionato, il BGH, soprattutto (ma non solo) nel *Ledersprayfall*, ha risposto a questa esigenza, sviluppando, in prima linea, la concretizzazione necessaria della classica definizione della condotta.

In questo *Ledersprayfall* (caso spray da cuoio), la "ditta agente" produsse uno spray da cuoio. Poi, alcuni consumatori si lamentavano, dopo aver usato questo spray, di aver avuto un edema polmonare, dispnea, febbre ecc. Le persone ammalate erano curate con cortisone, ed erano - nella maggioranza dei casi - guarite completamente e in breve tempo.

---

30 BGH 5.4.2000 in StV 2001. Un giovane, chi ha lavorato durante le sue vacanze, è morto tragicamente nel lavoro. Le istruzioni e le misure di sicurezza erano oggettivamente insufficiente. Il datore di lavoro è stato assolto, perché le autorità non avevano, durante i loro controlli, criticato le irregolarità, e la Corte ha accettato, che lui non ne era consapevole.

31 Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts AT, § 23: Già il diritto Romano conosceva il principio: "societas delinquere non potest" - anche se, nel diritto germanico, nel diritto medievale italiano, e nel diritto comune questo era diverso.

32 Lothar Kuhlen, Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 23 (1994), S. 1142

33 Gefährdungshaftung: § 84 I AMG

34 Verschuldensvermutung. § 280 I, 2 BGB

35 Vermutung der Verursachung: § 84 II AMG

I dirigenti della ditta erano accusati di aver continuato la vendita anche dopo di aver saputo di questi casi, e di non aver ritirato la merce dal mercato; la sentenza (coll'abstract in italiano), si trova nell'appendice.

Nel discorso seguente, nel quale discutiamo la responsabilità penale del produttore, nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca<sup>36</sup>, questo caso sarà - evidentemente - una dei fonti importanti.

Si vedrà che, nel campo della responsabilità del produttore, soprattutto due domande sono discusse: Quali sono i doveri del produttore, oppure delle persone fisiche nella casa produttrice, e come si può accertare la causalità per danni da un prodotto dannoso?

## 1 La condotta non-doverosa (*Pflichtwidrigkeit*)

Esaminiamo gli elementi della condotta doverosa secondo nella dottrina e giurisprudenza attuale.

### a) *La concretizzazione della condotta doverosa*

Nel *Ledersprayfall*, il Landgericht (l'istanza precedente), aveva derivato i doveri penali dell'agente dai doveri civili, riferendosi ai principi che il BGH stesso ha sviluppato in questo contesto. Il Landgericht ha menzionato esplicitamente la *Produktbeobachtungspflicht* (il dovere di osservare il prodotto nel mercato).

Il BGH non assumendo una posizione contraria, afferma: "Molto parla per il principio, che gli stessi doveri (*Pflichten*), che sono rilevanti per la responsabilità civile del produttore, sono anche la base per la responsabilità penale, soprattutto se le norme civili sono di natura delittuosa<sup>37</sup>. Ribadisce, però, allo stesso tempo: "D'altro lato, i principi della responsabilità (*Haftungsprinzipien*) civile, nel loro orientamento al risarcimento dei danni, non possono usati, senza esame degli implicazioni, per la definizione della responsabilità penale.<sup>38</sup>". Alla fine il BGH non decide questa domanda, dicendo che, nel caso di merito non è rilevante. Poi si riferisce alla discussione attuale nella dottrina, citando esplicitamente e Schmidt-Salzer<sup>39</sup> e Kuhlen<sup>40</sup>; vediamo.

Kuhlen, nella sua pubblicazione citato dal BGH nel *Ledersprayfall*, conferma la tendenza prevalente nella dottrina, secondo la quale le norme del diritto civile, nel senso di un sistema integrato, sono valide anche per il diritto penale. Egli conferma anche la responsabilità del produttore di controllare i rischi della produzione e dei danni in massa, nel diritto civile e nel diritto penale. Egli ha, però, gli stessi scrupoli che il BGH,

---

36 Un numero di casi elevanti si trova, per esempio, da Schmid in Müller-Guggenberger / Bieneck, WiStR, § 56 RN 19 ss. con altri esempi.

37 In der Tat spricht manches dafür, daß dieselben Pflichten, die für die zivilrechtliche Produkthaftung maßgebend sind, auch die Grundlage strafrechtlicher Verantwortlichkeit bilden, zumal die Verpflichtung zum Ersatz produktfehlerbedingter Schäden als ein fall deliktischer Haftung begriffen wird (§ 823 ff. BGB).

38 Andererseits dürfen die schadensersatzorientierten Haftungsprinzipien des Zivilrechts nicht unbesehen zur Bestimmung strafrechtlicher Verantwortung benutzt werden.

39 BGH in Schmidt-Salzer, ES Produkthaftung 1988 Nr. IV.1.5

40 Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung (1989), p. 148 s.

riguardando i principi della responsabilità per i prodotti dannosi nel diritto civile, e la sua tendenza di allocare rischi e danni secondo criteri economici e sociali<sup>41</sup>.

Nel suo lavoro dopo il *Ledersprayfall*, Kuhlen offre una soluzione per il conflitto fra la necessità di concretizzare i doveri del produttore da un lato, e di rispettare le esigenze diverse nel diritto penale sull'altro.

Questa soluzione segue il testo della sentenza del BGH, differenziando fra *Pflichten* (*condotta*) e *Haftung* (*responsabilità*). Kuhlen ci mette in guardia, ancora una volta, che le conseguenze (cioè la *Haftung*) nel diritto civile e nel diritto penale non possono essere altro che distintamente diverso. Ma i doveri, cioè la definizione della condotta doverosa, sono gli stessi, e questo è, come dice lui, "acetato" e "senza problemi"<sup>42</sup>.

Così, nel risultato, possiamo ricorrere a una giurisprudenza ampia per la concretizzazione dei doveri del produttore, anche nel senso penale. Kuhlen enumera: La *Konstruktionspflicht* (costruzione doverosa), *Produktionspflicht* (produzione doverosa), *Instruktionspflicht* (istruzione doverosa), *Produktbeobachtungspflicht*<sup>43</sup> (osservazione doverosa del prodotto nel mercato)<sup>44</sup>.

#### b) La prevedibilità dei danni

La definizione dei doveri del produttore è un passo importante nella concretizzazione della condotta doverosa. Nei casi concreti, però, questo non basta. Il produttore abbia osservato, per esempio, doverosamente il prodotto nel mercato. Sappia che in alcuni casi il prodotto ha creato certi danni. Forse perché il consumatore l'ha usato in modo incorretto, forse pochi esemplari del prodotto erano difettosi (*Ausreißer*), forse molti esemplari sono difettosi perché ci sono problemi nella produzione, e forse - ma questo è ancora una ipotesi remota, il prodotto come tale ha creato i problemi e non dovrebbe essere in vendita.

Come si comporta una persona ragionevole in questa situazione? Quale diligenza adibisce? Certamente esamina l'occorrenza, esamina la necessità di sospendere la distribuzione finché la fonte dei danni sia identificata, e - dipendendo sulla gravità e la controllabilità dei danni - deve decidere se un ritiro transitorio o permanente.

Il dirigente responsabile deve decidere secondo scienza e coscienza, e non può giustificare la sua decisione con l'osservazione (o con l'assenza) di regole specifiche. L'osservazione di tali regole è rilevante per la colpa specifica, ma non esclude la colpa generica.

L'agente non può neanche aspettare affinché la dannosità del prodotto sia provata. Una persona diligente rimuove la fonte di un rischio non solo quando la causalità sia provata, ma già quando tale causalità è una possibilità, più o meno, seria (dipendendo fra altro - dalla gravità del rischio).

---

41 Kuhlen, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung* (1989), p. 91.

42 Lothar Kuhlen, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, JZ 23 (1994), S. 1146

43 OLG Düsseldorf, 21. 11. 1980, NJW 1981, p. 1054: Responsabilità penale di un venditore di ruote, il quale non aveva accertato che lui sarebbe informato su ogni ritiri delle ruote da parte del produttore.

44 Lothar Kuhlen, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, JZ 23 (1994), S. 1146.

Qui ricorriamo a un primo leading case in Germania, cioè al caso Contergan<sup>45</sup>. Contergan indica una catastrofe nei primi anni sessanta, quando più ca. 5.000 bambini erano nati con gravissimi danni fisici (in prima linea focomelia), perché le madri avevano preso il farmaco "Contergan" durante la gravidanza. I dirigenti furono assolti "*wegen geringer Schuld*" (cioè per colpa minima). Questa formula evidentemente non si riferisce alla gravità dei danni, ma al fatto che, in quel tempo lì, la consapevolezza nella società, riguardando i rischi inerenti alla moderna produzione in massa, quasi non esisteva.

Ma, mentre essendo comprensivo in riguardo agli imputati, nonostante le conseguenze drammatiche della loro condotta non-doverosa, il Tribunale (cioè è il Landgericht Aachen) ha preso l'occasione ed ha concretizzato il livello di probabilità, la quale richiede azioni adatti del produttore: Ci vuole un *begründeten Verdacht*, cioè uno sospetto basato su fatti. Questa definizione, fino ad oggi, è il più autorevole nel campo della responsabilità del produttore.

Nota bene: Qui discutiamo la prevedibilità, visto ex ante, nell'ambito della condotta doverosa - non la causalità (da accertare ex post). Così la decisione del Tribunale di Venezia<sup>46</sup>, dicendo: "*nei delitti colposi, la prevedibilità può essere affermata solo quando sussistono leggi scientifiche di copertura all'epoca in cui viene iniziata la condotta..*" esprime una posizione distintamente diversa dalla posizione tedesca. Ma anche la Corte d'Appello di Venezia<sup>47</sup>, e la Corte di Cassazione<sup>48</sup> ha scartato la posizione del Tribunale di Venezia, così dimostrando una similarità dello sviluppo italiano e quello tedesco.

Un'altra domanda sarebbe, se l'accertamento della causalità richiede un legge scientifica. Anche qui, come vedremo, il BGH non è convinto, ma in questo contesto il ruolo delle legge scientifiche deve essere seriamente discusso.

### *c) Il rischio lecito e la proporzione fra rischi e utilità*

Come abbiamo visto prima, il concetto del rischio lecito, nel corso dei tempi, è camminato dalla *Schuld* (colpevolezza personale) alla *Rechtswidrigkeit* (assenza di giustificazioni) e poi alla *Objektive Sorgfaltspflicht* (condotta doverosa). Anche qui, però, l'idea è: La prevedibilità dell'evento, in prima linea, definisce la condotta doverosa, e il rischio lecito è visto come eccezione.

Nel diritto del produttore, e anche qui il diritto farmaceutico era il primo, la struttura è diversa. La condotta doverosa, sin dall'inizio, è definita da due elementi - dai rischi prevedibili e dall'utilità del prodotto. E la condotta doverosa è basata sulla proporzione fra le due.

---

45 LG Aachen Contergan-Fall. Vedi anche: Michael Mayer, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittel-schäden* 2008. p. 9 e Kuhlen, *Strafrechtliche Produkthaftung, 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft*, p. 647 (648)

46 22 Ottobre 2001 R.I.D.P.P. 2005, p.1670

47 22 Ottobre 2001 R.I.D.P.P. 2005, p.1670 s.

48 Cassazione 17. 5. 2006, *Il Foro Italiano* CXXXII (2007) II, 550.

Nel diritto farmaceutico, questa valutazione è diventata legge scritta<sup>49</sup>. Questo metodo si usa, però, in modo generale, per la responsabilità del produttore, nella dottrina come nella giurisprudenza<sup>50</sup>.

Ma si osserva anche che, sin dagli anni 50, per alimentari<sup>51</sup>, come naturalmente con farmaci<sup>52</sup>, i criteri erano sempre specialmente severi.

#### *d) Il ritiro del prodotto*

Nel Ledersprayfall, come in molti altri, il problema non è - in prima linea - che prodotti dannosi furono colpevolmente distribuiti, ma che la merce nel mercato, una volta la dannosità era nota, non era ritirata (o era ritirata tardi).

La prima chiarificazione riguarda la punibilità dell'omesso ritiro in generale. Schünemann, per esempio accetta una posizione di garante soltanto, se la merce è ancora a disposizione del garante<sup>53</sup>. Ma questo direbbe, che - nella società industrializzata - il produttore non sarebbe responsabile quasi mai, se una merce pericolosa già è distribuita (come osserva correttamente il BGH).

Qui siamo arrivati ad un punto interessante. L'argomento del BGH è - non solo, ma anche - basato sul ruolo stabilendo del diritto penale. La protezione del consumente non sarebbe completa, se una responsabilità penale e individuale, dei dirigenti che hanno omesso il ritiro di un prodotto pericoloso, fosse escluso.

D'altro lato, e anche questo si dimostrerà nell'esame di questa sentenza, il BGH richiede un esame dettagliato della posizione di garante e dell'imputabilità dell'omissione e delle conseguenze, secondo le regole del diritto penale.

In questo senso, il BGH esamina il carattere della posizione di garante. Evidentemente è un caso d'ingerenza, basato sulla distribuzione non-doverosa della merce dannosa. Nota bene: Ingerenza si può basare soltanto su un atto non-doveroso, mai su un atto doveroso. Ora, il BGH a chiesto: basta un atto non-doveroso, e deve l'atto precedente essere un atto colpevole?

---

49 § 5 AMG: Verbot bedenklicher Arzneimittel (1) Es ist verboten, bedenkliche Arzneimittel in den Verkehr zu bringen. (2) Bedenklich sind Arzneimittel, bei denen nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der begründete Verdacht besteht, dass sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen

50 Kuhlen, Grundfragen S. 1146

51 BGH 14. 2. 1952 (5 StR 3/52) BGHSt 2, 384 (385)

52 Caso Contergan (LG Aachen JZ 1971, 507 ss)

53 Schünemann, Unternehmensqualität und Strafrecht 1979, p. 95: "Die garantenbegründende Herrschaft über gefährliche Sachen ist mit der Innehabung des Gewahrsams an dieser Sache identisch"; p. 101: "Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß die Verletzung einer etwaigen Rückrufpflicht keine Begehungs-äquivalenz des Unterlassens begründen, und deshalb eine Bestrafung wegen eines Erfolgsdelikts (Tötung, Körperverletzung usw.) nicht zu legitimieren vermag.

La posizione del BGH è chiara, basta la non-doverosità oggettiva. Nel caso di merito, però, e nei casi tipici, il problema è diverso. Normalmente dirigenti, almeno nella realtà di oggi, non distribuiscono consapevolmente delle merci dannose - sia per un sentimento di responsabilità, sia per "l'effetto stabilendo" del diritto penale, sia per interessi propri - la distribuzione normalmente né un successo né economico, né nel senso del PR.

La situazione tipica e quella del caso di merito. "I dirigenti erano confronti con la merce dannosa nel mercato", e la dannosità non era nota nel momento della distribuzione. È proprio questo era l'argomento della difesa: I danni non erano prevedibili e conseguentemente, la distribuzione non era "*sorgfaltswidrig*" - né in senso oggettivo (nel senso della non-doverosità), né soggettivamente (nel senso di colpa individuale).

Il dilemma è evidente<sup>54</sup>. Il principio del diritto generale, dove l'ingerenza richiede un atto non-doveroso, non permette, nel diritto del prodotto, nei casi tipici, di punire il ritiro omesso.

Evidentemente il BGH non è andato questa strada, ma ha visto una posizione di garante. La giustificazione: la differenza fra *Handlungsunwert* (condotta disapprovata) ed *Erfolgswert* (evento disapprovato), vedi sopra. Come nel diritto della legittima difesa, dove, secondo una parte della dottrina<sup>55</sup>, basta la non-doverosità del successo (anche se la condotta è doverosa), il BGH fa valere anche qui il "Erfolgswert": Basta che la merce nel commercio è oggettivamente dannosa - anche se la distribuzione stessa non era da rimproverare.

Si può dire che questa spiegazione è un compromesso sul diritto penale stabilito<sup>56</sup>, in favore alla funzione stabilendo del diritto penale, e il BGH a impiega molta cura per difenderla. Spiega: Il riferimento all' *Erfolgswert* non decide sulla punibilità degli agenti, ma definisce certi doveri dell'agente, il quale è punibile soltanto, se viola questi doveri<sup>57</sup>.

---

54 Brammsen, Strafrechtliche Rückruffpflichten bei fehlerhaften Produkten? Goldammer's Archiv für Strafrecht 1993, vede - nel risultato (!) - il produttore nella posizione del garante per quanto al ritiro di prodotti dannosi: "Obwohl der BGH die Garantienpflicht des Herstellers zum Rückruf fehlerhafter Produkte fälschlicherweise aus dem vorangegangenen Inverkehrbringen ableitet, verdeutlicht seine eher beiläufige Erwähnung der tatsächlichen Gegebenheiten dennoch mit unerreichbarer Klarheit den wahren Entstehungsgrund dieser Erfolgsvermeidungspflicht - die von der ... Aktualität faktischer Sachherrschaft ... befreite Überwachungspflicht (p. 116); Auch unter Berücksichtigung sozialer Wertvorstellungen ist die Annahme einer (vom Erfordernis aktueller Sachherrschaft befreiten) Überwachungsgarantenpflicht des Produzenten zum Rückruf bereits in den Verkehr gelangter gesundheitsschädlicher Erzeugnisse nicht zu beanstanden (p. 117).

55 Vedi anche il Reichsgericht, RGZ, 21, 171

56 È un dilemma, il quale non è rimasto inosservato. Vedi ancora una volta Brammsen, Strafrechtliche Rückruffpflichten bei fehlerhaften Produkten?: Anche lui vede, in questo punto essendo d'accordo col BGH, il produttore nella posizione di garante. Ma non lo giustifica con l'ingerenza. Su pagina p. 120 spiega perché: Non accetta proprio il *Erfolgswert* del BGH. Tanto è vero, questo è il punto debole del BGH. Ma anche Brammsen non offre una giustificazione migliore.

57 "Dies bedeutet keine unzulässige Erweiterung seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Denn die Bejahung der Garantienstellung entscheidet noch nicht darüber, ob er sich strafbar gemacht hat, sondern rückt ihn zunächst nur in die Position des Normadressaten, an den sich das Verhaltensgebot des strafrechtlichen Tatbestands richtet. Daß dieses Verhaltensgebot hier eine Pflicht zum Handeln begründet, während es im Bereich der Begehungsdelikte das Unterlassen des verbotenen Tuns fordert, ändert nichts daran, daß er in beiden Fällen erst dann strafrechtlich haftbar wird, wenn er dem Verhaltensgebot schuldhaft nicht nachkommt".

(ciò che è vero). Io, personalmente, direi: Una decisione coraggiosa (meglio: problematico), ma forse inevitabile<sup>58</sup>.

*e) Die Organisationsbezogene Betrachtungsweise (la considerazione dell'organizzazione)*

Qui il BGH impiega un metodo, il quale ha sviluppato recentemente<sup>59</sup>, e il quale permette un esame effettivo e preciso delle responsabilità degli agenti nella ditta. Un metodo, il quale è chiamato "Organisationsbezogene Betrachtungsweise"<sup>60</sup>. Questo metodo è un esame in due passi: Nel primo passo, si esamina la responsabilità dell'organizzazione - e questo esame è, come abbiamo visto, un esame oggettivo, e lascia pensare ai metodi del diritto civile.

Cioè, il primo passo è esattamente l'esame che abbiamo fatto finora. Il passo secondo è quello individuale, dove si esamina, sulla base dell'organizzazione, chi era responsabile, e chi avrebbe dovuto fare che cosa<sup>61</sup>? Studiamo questa domanda ora.

Il metodo è semplice e convincente. Per di più, il BGH dà anche la risposta a questa domanda nel *Ledersprayfall* e in altri casi. In prima linea, la gestione è responsabile. Se la gestione ha definito delle responsabilità specifiche, e le persone nominate le hanno assunte, queste persone sono responsabili anche nel senso penale. Per ogni non doverosità, però, che non si può allocare a una responsabilità definita, la gestione intera è responsabile.

Comunque, nel senso della giustizia individuale, si deve chiedere - persona per persona - come ci si deve comportare nella situazione concreta. Se la gestione decide con maggioranza, ogni membro della gestione deve impiegare il suo pieno influsso, per raggiungere una decisione doverosa. Se questa decisione non è stata raggiunta, sono responsabili tutti, i quali hanno sopportato questa decisione, e tutti che non hanno fatto tutto possibile per impedirlo<sup>62</sup>.

Questo metodo "top-down", il quale sostituisce la concentrazione sull'agente immediato (*Tatnächster*), essendo un considerevole cambio dal metodo tradizionale<sup>63</sup> è evidentemente un metodo effettivo per l'esame delle responsabilità in Corporazioni complesse<sup>64</sup>.

---

58 In questo senso, più o meno Kuhlen, Grundfragen, p. 1146 (moderatamente critico, egli concede che la maggioranza della dottrina e col BGH). Un netto rifiuto viene da Hilgendorf, "Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft", Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 78, p. 138.

59 Kuhlen, Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 23 (1994), S. 1142 ss., FN 14

60 Kuhlen, Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 23 (1994), S. 1142 ss., FN 14.

61 Kuhlen 50 Jahre. S. 665. Questo metodo dell'imputabilità in due passi è adeguato e - per l'individuo, può essere ambivalente: Da un lato, una non-doverosità della ditta viene attribuito al dirigente (perché lui ha la posizione responsabile). Dall'altro lato, se un ritiro omessa è un reato omissivo sul livello della ditta, anche per il dirigente questo è un reato omissivo (anche se lui ha fatto tutto possibile per impedire il ritiro); questo è importante, come noi vedremo, perché l'atto omissivo vuole una posizione di garante e questo, sul livello della ditta, può essere problematico (l'ingerenza).

62 Vedi anche BGH, 4. 5. 1988 (2 StR 89/88), in NStE 1989, Nr. 5 zu § 223 StGB

63 Questo metodo nuovo, in un certo senso la risposta del BGH ad esigenze nuove, è stata commentata ampiamente nella dottrina è visto addirittura come "Paradigmenwechsel" (Rotsch, wistra 1999, 321 (326). altre citazioni da Kuhlen, 50 Jahre BGH, p. 664. Vedi anche Schmidt-Salzer, Betriebsberater, 1992, 1866 (1869).

L'istanza precedente, in questo caso, aveva ancora deciso che ogni membro della gestione deve ordinare, a conto suo, il ritiro. Il Landgericht aveva deciso che, se il dirigente ha il potere di farlo, deve farlo - anche se - nell'organizzazione interna - non ha il diritto, e rischia di essere licenziato. Qui, il BGH non è seguito il Landgericht, ma sta con la "Organisationsbezogene Betrachtungsweise", non solo allo svantaggio dell'imputato, ma anche in favore.

## 2 La causalità

La causalità della condotta non-doverosa per l'evento è la irrinunciabile premessa per la punibilità dell'agente. La causalità deve essere accertata - per atti commessi e omessi - nella convinzione del giudice - *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*.

Questa formula non vuol dire, però, che un certo livello di probabilità sia sufficiente; il testo riflette piuttosto la definizione tradizionale della certezza necessaria per una condanna<sup>65</sup> - corrispondendo alla formula inglese "beyond reasonable doubt" (la quale si usa anche nella dottrina tedesca)<sup>66</sup>.

La base di queste definizioni è il principio "*in dubio pro reo*", il quale è ben ancorato al nostro ordinamento giuridico ed anche costituzionale - in Germania come - certamente - in Italia.

### a) La causalità e le leggi scientifiche

Le corti dovevano decidere, in diversi paesi Europei, dagli anni sessanta fino ad oggi, se l'accertamento della causalità richiede una prova nel senso scientifico soprattutto se la materia da decidere è una di carattere scientifico.

Nel caso Contergan<sup>67</sup>, per esempio, un numero di esperti aveva concesso una forte correlazione statistica fra l'esposizione della madre e le deformità dei neonati, ma non poteva escludere completamente un relazione meramente casuale, e non conoscevano un meccanismo che avrebbe spiegato i danni.

---

64 Lothar Kuhlen, Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung, JZ 23 (1994), S. 1142 (1945). Un'altro caso era il "Mandelbienenstichfall" (BGH 4. 5. 1988 BGHR StGB § 13 Abs 1 Garantenstellung 5 Lebensmittellieferant), nel quale il BGH ha praticamente preparato il "Ledersprayfall due anni dopo Kuhlen, 50 Jahre BGH, p. 648). Una dettagliata analisi della struttura delle responsabilità nell'organizzazione, in alcuni casi si trova da Schmidt-Salzer, Produkthaftung Bd. 1: Strafrecht, 2. Aufl. 1988, 1.093 ss.. Si trovano, fra altri, il caso Contergan (LG Aachen JZ 1971, 507 ss), ed il caso Monzasteel (OLG München II, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Nr. IV, 28). Transfusionszentrum: BGH 19. 4. 2000, BGH NJW 2000, 2754-2758

65 Ledersprayfall, p. 127

66 Nella sentenza BGH, NJW 1987, 2940, per esempio, il BGH dice esplicitamente che una probabilità di 90 % non è sufficiente.

67 LG Aachen JZ 1971, 507 ss

In una tale situazione, finisce la responsabilità degli esperti, e quella del giudice comincia. Lui deve decidere se il materiale scientifico è sufficiente. Nel caso *Contergan*, il giudice ha confermato la causalità (contro il voto della maggioranza degli esperti). Come oggi si sa, il giudice del Tribunale di Aachen ha creato il primo leading case per alcuni aspetti importanti, risultando in regole, che sono state portate più avanti dalla giurisprudenza, e che sono valide anche oggi<sup>68</sup>:

- Il produttore deve agire, ed eventuali danni sono considerati prevedibili (cioè imputabili), appena che c'è un sospetto ragionevole (non deve aspettare finché abbia una prova scientifica)<sup>69</sup>.
- La definizione della causalità giuridica è una decisione normativa, non una decisione scientifica. Conseguentemente, il giudice non può delegare l'accertamento della causalità all'esperto, ma deve decidere lui stesso, in doverosa considerazione dei risultati scientifici<sup>70</sup>, se la causalità è stabilita al di là d'ogni dubbio ragionevole<sup>71</sup>.
- La causalità non richiede necessariamente una prova nel senso scientifico, in particolare non richiede una definizione del meccanismo e della natura precisa del nesso di causalità<sup>72</sup>.

In questo senso, oggi si parla della "*Generelle Kausalität*" (causalità generica), la quale si definisce così: Se, per spiegare un evento, si può escludere tutte le altre spiegazioni ragionevoli, in maniera che soltanto una spiegazione rimane, la causalità è stabilita, anche se non si può accertarlo o spiegarlo scientificamente<sup>73</sup>.

#### b) *L'evento nella sua forma concreta*

Il BGH doveva decidere un caso (il *Zwischensteckerfall*)<sup>74</sup>, il quale è problematico per la formula della *conditio sine qua non*. In questo caso, una spina elettrica male costruita aveva causato la morte della moglie del compratore. L'incidente era causato da uno sbaglio

---

68 Approvando Kuhlen Grundfragen, 1145. Michael Mayer, Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden (2008), p. 9. Kuhlen, Strafrechtliche Produkthaftung, in 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV (Strafrecht), p. 647 (648): "Unter den Vorläufern des Ledersprayurteils ragt der Beschluß des LG Aachen im Contergan-Verfahren heraus. Er... ließ ... erstmals zentrale Fragen der strafrechtlichen Produkthaftung deutlich hervortreten und gab darauf antworten, die zum Teil bis heute ihre praktische Bedeutung nicht verloren haben.

69 Kuhlen Grundfragen S. 1145

70 Holzschutzmittelfall, BGHSt 41, 206 (216). Questo punto di vista era severamente criticato da Kaufmann, Tatbeständigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, 570 (573).

71 Esplicitamente di nuovo BGHSt 41, 206 (214): L'accertamento dei fatti, nel processo penale, non richiede una certezza assoluta che nessuno può mettere in dubbio; è sufficiente, piuttosto, un livello di certezza, ottenuta con i metodi del processo penale, la quale, secondo l'esperienza di vita (*Lebenserfahrung*), è sufficiente per escludere ogni dubbio ragionevole

72 Ledersprayfall, p. 112. Holzschutzmittelfall, BGHSt 41, 206 (214/215); Tribunale di Venezia, 22 ottobre 2001, R.I.D.P.P. 2005, p. 1670. mentre il Tribunale chiedeva tali leggi scientifiche (non per stabilire la causalità, ma già per stabilire la prevedibilità); la Corte d'appello ha scartato questa posizione. Span. Oberster Gerichtshof, 23. 4. 1992 (3654/90).

73 Kuhlen, Strafrechtliche Produkthaftung, 50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft, p. 647 (648).

74 BGH 17. 2. 1959, 1 StR 618/58 (in Schmidt-Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung IV.4 p. 170 ss.)

di costruzione. Il Landgericht aveva condannato il produttore, cioè il proprietario della casa produttrice, per omicidio colposo.

L'imputato, nel ricorso per cassazione, affermava che anche le spine di altri produttori avevano la stessa costruzione sbagliata. Lui si troverebbe sul banco degli imputati solo per caso, ci potrebbe essere ugualmente un concorrente. Solo per caso, la venditrice avrebbe venduto la sua spina al marito della donna uccisa<sup>75</sup>. E se lui non avesse messo la sua spina nel mercato, il marito avrebbe comprato la spina di un concorrente, ugualmente sbagliata, e la moglie sarebbe stata uccisa ugualmente.

Il BGH non è seguito quest'argomentazione, ma ha affermato che la condizione sine qua non si riferisce all'evento nella sua forma concreta<sup>76</sup>. E moglie, se l'agente non avesse messo sul mercato il suo prodotto, non sarebbe stata uccisa di proprio questo prodotto, ma - forse - da un altro.

### c) *La Risikoerhöhungslehre*

Se vogliamo considerare brevemente i concetti diversi, in prima linea si deve menzionare la *Risikoerhöhungslehre* (la dottrina del rischio aumentato)<sup>77</sup>. Si può intendere la *Risikoerhöhungslehre* nel senso di una correzione dell'*Unvermeidbarkeitslehre* (la dottrina dell'evento inevitabile)<sup>78</sup>. Io personalmente non penso che l'inevitabilità non abbia bisogno di una correzione, ma vediamo un po' l'argomentazione degli aderenti della *Risikoerhöhungslehre*. Come dimostrato prima, se un medico fa uno sbaglio, e il paziente muore, ma non si può provare che non sarebbe morto ugualmente sotto la cura doverosa, non si può punire il medico. Non si può accertare la causalità - proprio dello sbaglio - per l'evento. Questo effetto è il cosiddetto *Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, oppure, se si vuole, la *Unvermeidbarkeitslehre*, perché non si può dimostrare che l'evento, con la cura giusta, sarebbe evitato.

Finora, tutto è chiaro. Certo, la non-doverosità dell'agente potrebbe essere causale per l'evento (cioè per la morte del paziente). E certo, questa possibilità, che una persona colpevole non sia punita, non è soddisfacente. Questo, però, è la natura del "*in dubio pro reo*", e ogni concetto alternativo è certamente meno soddisfacente.

---

75 Per questo argomento, cioè di essere colpevole solo per caso, vedi Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, p. 36; Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, 561 (562). Ma nell'ambito di questa relazione non possiamo approfondire.

76 Si dovrebbe menzionare, che anche la dottrina dell'evento *nella sua forma concreta*, almeno quando si considera casi della condotta lecita alternativa, ha i suoi problemi (vedi per esempio Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. S. 402 col Heustockbrandfall RGSt 75, 49 (50). costellazione come questa non fa parte dello spettro di questo discorso e non viene discusso qui.

77 Era fondato da Claus Roxin, (Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in: ZStW 74 (1962), 411 - 444), uno dei penalisti tedeschi i più autorevoli. Ha trovato molti aderenti nella dottrina, anche se non ha preso mai il sopravvento nella dottrina, e non era, e non è seguito nella giurisprudenza. Una buona discussione di questa teoria, dall'anno 1975, ma ancora utile, è quella di Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, StR p. 113 (170 ss.).

78 Krümpelmann, Festschrift für Bockelmann (1979), 462 (466).

Ora vediamo un po' che cosa suggerisce la *Risikoerhöhungslehre*. Per cominciare, noi dobbiamo differenziare: C'è la *kausalitätsergänzende* (cioè aggiuntiva) e la *kausalitätsersetzende* (cioè sostitutiva) *Risikoerhöhungslehre*<sup>79</sup>. La prima è quella del medico chi ha fatto uno sbaglio. La causalità della sua condotta per l'evento è evidente (per questo "*kausalitätsergänzend*"). E anche se il paziente, con la cura giusta, forse (!) sarebbe morto ugualmente, la *Risikoerhöhungslehre* dice: "Se si può provare, che il rischio di morire, con la cura sbagliata, era più grande che con la cura doverosa, questo basta per condannare l'agente"<sup>80</sup>.

La debolezza di questa teoria è evidente. Non si punisce la condotta doverosa, ma la condotta non-doverosa, e proprio se la causalità della non-doverosità non si può provare, vale il "*in dubio pro reo*"<sup>81</sup>. La giurisprudenza è inequivocabile in questo punto<sup>82</sup>, e anche nella la dottrina prevale la posizione conservatore<sup>83</sup>, con riferimento esplicito sul principio del *in dubio pro reo*, e in più, con l'argomento che la *Risikoerhöhungslehre* trasforma, *contra legem*, reati di violazione (*Verletzungsdelikte*) in reati di pericolo (*Erfolgsdelikte*)<sup>84</sup>.

La seconda teoria, cioè la *kausalitätsersetzende Risikoerhöhungslehre* va ancora un passo avanti (cioè è più radicale, se ci vuole), perché l'azione (commissiva o omissiva) non è per niente causale. Esempio: Nel nostro caso col salvagente, un'altra persona l'abbia preso e giochi con i suoi bambini. La moglie (in questo caso vorrebbe gettarlo), non l'ha, il marito affoga, e non si sa se lui fosse stato salvato. Qui, aver preso il salvagente certamente non è causale per la morte del marito, al massimo potrebbe essere causale per l'impossibilità del salvataggio. Poiché - qui - una causalità per l'evento stesso non c'è, si parla della *Risikoerhöhungslehre* sostitutiva (non aggiuntiva). Questa, evidentemente, è un concetto radicale, e ha pochi sostenitori. Un autore come Udo Ebert, non necessariamente un avversario della *Risikoerhöhungslehre*, scrive sulla *kausalitätsersetzende Risikoerhöhungslehre*: "*Hiergegen bestehen allerdings durchgreifende Bedenken. Die Kausalität durch die Risikoerhöhung als Kriterium zu ersetzen, hieße vollends, die Verletzungsdelikte in Gefährdungsdelikte umzuinterpretieren. Dies verstieße gegen Art. 103 II GG*" - cioè sarebbe anticostituzionale<sup>85</sup>.

79 Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, 561 (573)

80 Aderenti della (kausalitätsergänzenden) *Risikoerhöhungslehre* sono: Roxin, AT I § 11 RN 88 ss; Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2004, vor § 13 RN 16 ss.; Otto, NJW 80, 417. Brammsen, Erfolgzurechnung bei unterlassener Gefahrverminderung durch einen Garanten, MDR 2/1989, si pronuncia, similamente, in favore di una Risikominderungslehre, cioè il garante sarebbe obbligato di diminuire il rischio.

81 Proprio questo, tanto è vero, i sostenitori della *Risikoerhöhungslehre* vedono diverso. Dicono che non si può differenziare fra condotta e non-doverosità, e proprio condotta non-doverosa sarebbe causale. Vedi Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 18, con alcune citazioni. Ransiek, lui stesso, però rifiuto la *Risikoerhöhungslehre*, soprattutto coll'argomento, che non si può differenziare fra commissione e omissione, e - per quanto all'omissione, la violazione del *in dubio pro reo* non si potrebbe negare.

82 Radfahrerfall, BGH 11, 1, Un camion aveva sorpassato un ciclista in una distanza non sufficiente. Il ciclista era ucciso sotto le ruote del camion. Nel processo non si poteva dimostrare, al di là ogni dubbio ragionevole, che il ciclista non sarebbe stato ucciso se il camion l'avesse sorpassato con la distanza giusta, Il camionista fu assolto - *in dubio pro reo*.

83 Wessels/Beulke, Strafrecht allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, § 6, RN 199 con molti citazioni.

84 Hartung, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 222 RN 49; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil. 11. Aufl. 2003, § 14 RN 86.

85 Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, s. 573

Esaminiamo ora i reati omissivi. Siccome, in questi casi, il rimprovero è di non aver fatto niente, l'agente (meglio il "non agente") non a causato, nel senso pratico, niente. Cioè, nell'ambito dell'omissione, la *Risikoerhöhungslehre* è sempre "*kausalitätsersetzend*" (cioè sostitutivo). Questo, giustamente, ha visto anche Schönemann (in principio non è un avversario della *Risikoerhöhungslehre*) e rifiuta, per il reato omissivo, la *Risikoerhöhungslehre* con ragioni che si riferiscono sui principi dell'ordinamento giuridico (per esempio il "*Analogieverbot*"<sup>86</sup>. Nello stesso senso Ransiek<sup>87</sup>.

Conseguentemente, nella giurisprudenza la *Risikoerhöhungslehre* non è adibita neanche per i reati omissivi<sup>88</sup> (come già dimostrati per i casi della condotta alternativa legittima). Così la scena per il ritiro omissivo è preparato: L'accertamento della causalità richiede la prova - al di là d'ogni dubbio ragionevole, che la condotta doverosa avrebbe impedito l'evento.

#### *d) La causalità del ritiro omissivo*

Un'omissione è causale, se l'evento non sarebbe successo, se l'agente si fosse comportato doverosamente<sup>89</sup>. Si parla anche di una causalità ipotetica o quasi causalità, perché il non-agire non ha, per definitionem, nessun effetto sulla realtà; noi esaminiamo, piuttosto, la causalità di un'azione che non è successo<sup>90</sup>. In ogni caso: Per esaminare questo effetto ipotetico, dapprima si deve definire la condotta doverosa<sup>91</sup>.

86 Schönemann, Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform, Goldammer's Archiv 1985, p. 357/358: "*Erheblich zweifelhafter erscheint dagegen die neuerdings im Schrifttum wiederholt empfohlene Anwendung der Risikoerhöhungstheorie auch bei den Unterlassungsdelikten, dergestalt daß der Garant für den eingetretenen Erfolg nicht erst dann haften soll, wenn die Unterlassene Handlung ihn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhinder hätte, sondern bereits dann, wenn dadurch die zur Rechtsgutverletzende Gefahr vermindert worden wäre (citazioni). Bei (Jeschek) LK § 13, RN 18 und (Nowakowski) WK, RN 28 vor 2° wird diese neuere Auffassung verworfen, und auch mit Recht, wie mir scheint. Denn während die Risikoerhöhung bei den Begehungsdelikten (in der Regel) zur Kausalität hinzukommt, also staftbarkeitsbeschränkend wirkt, soll sie bei den Unterlassungsdelikten die Kausalität ersetzen, wodurch der Boden der Erfolgsdelikte verlassen und gegen das Analogieverbot verstoßen wird, weil § 13 StGB auf die unterlassene "Abwendung" und nicht etwa nur auf die unterlassene "Erschwerung" des Erfolges abhebt (citazioni).*

87 Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 18/19 (con citazioni).

88 Ledersprayfall, S. 127 mit vielen Nachweisen. Un caso meno chiaro è quello del BayObLG 30. 10. 1974, 8 St 158/73, Entscheidungssammlung Produkthaftung, Nr. IV, 12, dicendo "la mera possibilità, che il danno non sarebbe impedito neanche tramite l'azione omissiva, non basta".

89 Michael Mayer, Strafrechtliche Produktverantwortung..."; p.297: "Die Kausalität des Unterlassens bestimmt sich grundsätzlich danach, ob bei Vornahme der pflichtgemäßen Handlung der tatbestandsmäßige Schadenserfolg ausgeblieben wäre, dieser also entfiel, wenn jene hinzugedacht würde". Ständige Rechtsprechung: RGSt 63, 392(393), RGSt 75, 49 (50), BGHSt 37, 106 (126). Uguualmente la dottrina: Kühl, AT, § 18 RN 35; Jeschek, Leipziger Kommentar, § 13 RN 16; Rudolph, Systematischer Kommentar zum StGB, Vor § 13 RN 1.

90 Michael Mayer, Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden 2008 p. 397 con molti citazioni (FN 1005)

91 Michael Mayer, Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden 2008 p. 298; von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 2. Aufl. 1977 Bd. 1, § 47, RN 56 ss. Giurisprudenza: RGSt 58, 130/131; BGH NJW 1987, 2940

Un problema pratico è, che il ritiro, nella realtà, non può garantire che l'evento è impedito. L'esperienza è che, anche in casi gravi, il riflusso è meno di 50 %<sup>92</sup>. Nondimeno, il BGH ha deciso nel Ledersprayfall in favore della causalità, dicendo laconicamente "*Den (hypothetischen) Ursachenzusammenhang der zweiten und dritten Stufe hat die Strafkammer ohne Rechtsfehler festgestellt*" (cioè il successo del ritiro è stato accertato).

Sostenitori della *Risikoerhöhungslehre* dicono, che il BGH - in questa decisione - benché abbia affermato il contrario - effettivamente ha adibito la *Risikoerhöhungslehre*, altrimenti la sentenza non si potrebbe spiegare<sup>93</sup>.

Questi critici evidentemente vedono una contraddizione fra la probabilità di 90 % (la quale non basta per accertare la causalità, vedi sopra) e il fatto che - anche in casi gravi, il successo di un ritiro non sarebbe più di 50%. Uno dei critici scrive che l'affermazione del BGH contraddice alla realtà; visto che, anche in casi gravi, il riflusso non è più di 50%, il BGH avrebbe dovuto spiegare la "miracolosa efficacia" (*wundersame Wirksamkeit*) del ritiro nel caso Lederspray<sup>94</sup>.

Evidentemente una critica emozionante, ma sembra che c'è una malintesa. 50 % per il successo del ritiro, e 90% (che non sono sufficiente per stabilire una causalità), sono due cose diverse. La giustificazione del BGH è evidentemente questa: Il giudice è convinto, *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*, che - dopo un ritiro doveroso - una parte delle persone lese non sarebbe stata esposta al prodotto, e conseguentemente non sarebbe stata lesa. Per l'accertamento del reato non fa una differenza quale percentuale delle persone sarebbe stato protetto.

L'implicazione evidente: Secondo il BGH si deve dimostrare che ci sono delle persone che sono state lese proprio perché il produttore ha ommesso il ritiro, ma non si deve necessariamente sapere quali<sup>95</sup>.

---

92 Michael Mayer Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden 2008 p. 298 con molti citazioni in FN 1010. Vedi specialmente Schmidt-Salzer, Produkthaftung Bd. i Strafrecht, 2. Aufl. RN 1.482 ss.

93 Michael Mayer, p. 302, con altre citazioni in FN 1026

94 Otto, "Grundsätze der strafrechtlichen Produkthaftung nach dem "Holzschutzmittel"-Urteil, in Wirtschaftsrechtliche Beratung, 1995, p. 929 (933).

95 Altrimenti la critica emozionante di Otto sarebbe fondata.

## Appendice

### 1. *Ledersprayfall*: Massime della sentenza del 6 luglio 1990, n°549/89 del Bundesgerichtshof (2. Strafsenat) <sup>96</sup>

1. Il nesso causale tra la qualità di un prodotto e il danno alla salute dei consumatori è provato, senza che si incorra in un errore di diritto, anche se non si ha l'assoluta certezza di quale sia stata la sostanza che abbia causato il danno, purché siano state escluse altre possibili cause del danno considerato.
2. Il produttore o il venditore, che mette in circolazione prodotti, il cui uso appropriato crea nei consumatori affidamento in ordine alla sua mancanza di dannosità e pericolosità per la salute, ha l'obbligo di prevenire il danno (vi è responsabilità per il comportamento pericoloso tenuto prima della verifica dell'evento). Se tale obbligo non è adempiuto colposamente, si è penalmente responsabili dei danni prodotti, per aver cagionato una lesione personale mediante omissione.
3. Da questa responsabilità in capo al produttore/venditore deriva l'obbligo di ritirare quei prodotti che sono già stati messi in commercio.
4. Nel momento in cui in una società a responsabilità limitata gli amministratori all'unanimità decidano di ritirare i prodotti dannosi dal commercio, ogni amministratore è obbligato a fare tutto ciò che è possibile e ragionevole per lui per rendere esecutiva tale decisione.
5. Se gli amministratori di una società a responsabilità limitata decidono all'unanimità di non procedere al ritiro dei prodotti dannosi dal commercio, ognuno di loro è, in concorso con gli altri, responsabile per i danni cagionati mediante tale omissione.
6. L'amministratore che abbia espresso voto favorevole affinché il prodotto resti sul mercato ha, comunque, causato il mancato ritiro dello stesso; pertanto, non può a sua discolpa dire che il prodotto sarebbe rimasto lo stesso in circolazione nonostante un suo ipotetico voto contrario.
7. Gli amministratori, i venditori e i produttori che abbiano violato l'obbligo di ritirare dal mercato il prodotto dannoso e abbiano per questo cagionato diversi danni alla salute in diversi soggetti rispondono, nonostante ciò, di un solo reato omissivo.

### 2. *Holzschutzmittelfall*: Sentenza del 2 agosto 1995, n°221/1994 del Bundesgerichtshof (2. Strafsenat) <sup>97</sup>

Tema: Modalità di verifica da parte del Giudice del nesso causale tra sostanze chimiche e danni alla salute.

---

<sup>96</sup> Corte di Cassazione penale; Massime individuabili in BGHSt vol 37, pag. 106.

<sup>97</sup> BGHSt vol 41, pag. 206 ss.

### *Motivi*

I. Il *Landgericht* (ndr: Tribunale di primo grado territorialmente competente per una provincia tedesca) ha condannato gli imputati per lesioni personali colpose ad un anno di reclusione, con sospensione della pena, per aver gli stessi sprigionato colposamente sostanze tossiche. Sia gli imputati sia il Pubblico Ministero hanno proposto *revision* (ndr: ricorso, presentato dinanzi la Corte di Cassazione tedesca, relativo ad aspetti solo attinenti al diritto) avverso tale decisione.

L'impugnazione degli imputati è fondata, la revisione del pubblico ministero, invece, è rigettata.

II. L' imputato Dott. S. è stato, nel periodo dal 12 ottobre 1972 al 1 aprile 1987, membro del Consiglio di Amministrazione della società D. GMBH (società a responsabilità limitata) con l'incarico di responsabile per la gestione tecnica dell'impresa. L'imputato H. è dal 1° aprile 1977 membro del Consiglio di Amministrazione della stessa ditta, con la qualifica di responsabile per il commercio. La GMBH produceva e vendeva principalmente vernici per legno. Questi prodotti contenevano, oltre ad altre sostanze, anche *biozide pentachlorphenol* (PCP) e *lindan*.

Il *Landgericht* aveva ritenuto che ventinove persone avessero subito danni alla salute a causa delle sostanze contenute nella vernice, messa in circolazione dalle ditte produttrici in questione, poi utilizzata in ambienti chiusi, senza che gli imputati ne avessero impedito la distribuzione e il commercio. In particolare, le sostanze nocive individuate erano: *xyladecor* con l'agente PCP e *lindan* fino al 1° gennaio 1978 e *xyladecor 200* con l'agente *lindan* dopo tale data.

(omissis)

Il *Landgericht* fonda la prova del nesso causale tra le sostanze tossiche contenute nella vernice e i danni alla salute sulla base degli elementi di seguito elencati:

- a) le malattie avevano colpito soggetti che abitavano stabilmente in luoghi (nello specifico abitazioni private) in cui la vernice era stata molto utilizzata;
- b) prima di occupare le case e/o di usare la vernice, i danneggiati erano sani;
- b) i primi danni alla salute sono stati riscontrati durante e subito dopo l'applicazione della vernice (omissis).

Essi hanno riguardato soprattutto bambini tra i due e gli otto anni, i quali erano stati esposti agli effetti della vernice dalla nascita;

- d) dopo aver lasciato le abitazioni in cui era stata usata la vernice o, comunque, dopo la sua rimozione, era stato riscontrato immediatamente un miglioramento dello stato di salute generale dei danneggiati (omissis).

III. La *revision* degli imputati è fondata. La sentenza impugnata presenta errori di diritto sostanziale, per i motivi di seguito esposti (omissis).

L'accertamento dei fatti, nel processo penale, non richiede una certezza assoluta che nessuno può mettere in dubbio; è sufficiente, piuttosto, un livello di certezza, ottenuta con i metodi del processo penale, la quale, secondo l'esperienza di vita, è sufficiente per escludere ogni dubbio ragionevole (omissis).

Anche se non c'è unità tra gli esperti di scienze naturali sul se e sul come i veleni, ai quali i danneggiati erano stati esposti, causano danni alla salute, il giudice può, dopo una valutazione di tutti gli indizi importanti e le opinioni scientifiche, arrivare, senza errori giuridici, alla convinzione che l'esposizione alla sostanza abbia causato danni alla salute in taluni casi.

Per provare il nesso eziologico tra l'esposizione alla vernice e la malattia non è necessario che il giudice individui con certezza scientifica quale sia stata la sostanza che ha causato il danno alla salute né che escluda che la malattia sia stata originata anche da altre cause. L'autorità giudicante, pertanto, non è tenuta a conoscere di tutte le cause che in astratto avrebbero potuto produrre il danno. È, infatti, sufficiente che il nesso causale tra la sostanza nociva e la malattia sia stato provato dopo aver effettuato una valutazione generale attraverso la conoscenza della scienza naturale e degli altri fatti indiziari.

(omissis)

Il Giudice deve esporre nella motivazione della sentenza tutti quei fatti necessari per il *Revisionsgericht* (ndr: Corte di Cassazione), affinché quest'ultimo possa decidere sulla conclusionza del parere controverso, e sul grado di conformità alle conoscenze scientifiche.

La sentenza impugnata non presenta elementi atti a soddisfare questi requisiti.

Circa il carattere dannoso per la salute degli agenti biozidi della vernice, il *Landgericht* fonda le sue argomentazioni sulla perizia del Prof. HU. Le argomentazioni presenti nel documento testé richiamato sono state criticate da altri esperti su molti aspetti, come, peraltro, la sentenza appellata accenna, anche se in modo superficiale. In una situazione di questo tipo il *Landgericht* avrebbe dovuto esporre dettagliatamente gli argomenti materiali indicati a supporto delle critiche effettuate e riflettere a fondo sul problema. Quanto detto non è avvenuto (omissis).

L'insufficiente indicazione delle dispute scientifiche nonché la motivazione insufficiente del *Landgericht* sui dubbi circa le argomentazioni del Prof. Dott. Hu, crea la convinzione che l'autorità giudicante abbia sopravvaluto il valore del parere ai fini probatori.

(omissis)

*Il Landgericht, infatti, basa il suo convincimento, in ordine alla sussistenza della colpa, nel modo seguente:*

*«Gli imputati avrebbero dovuto informarsi adeguatamente sugli studi scientifici in campo tossicologico e notare che non vi erano conoscenze scientificamente fondate in ordine ai rischi che avrebbe comportato l' esposizione cronica alle sostanze incriminate anche in dosi basse. Nonostante la discussione iniziata negli anni '70 in ordine all' uso di agenti attivi biozidi in ambienti chiusi, alcuna ricerca ad opera delle industrie o dei privati è stata avviata per capire quali fossero le possibili conseguenze derivanti dall'inalazione di queste sostanze in tali circostanze. Gli imputati avrebbero dovuto colmare questa lacuna, studiando i possibili casi di danno, giacché in quel periodo avrebbero potuto disporre delle strutture di ricerca della ditta B., loro socia» (omissis).*

*Tale parte della motivazione, adottata nella sentenza impugnata, non è criticata sotto alcun profilo (omissis).*

*Tuttavia, anche se gli imputati avessero preso seriamente in considerazione che l' uso della vernice da loro prodotta e venduta potesse essere causa di danni alla salute, l'interesse perseguito dagli imputati stessi induce a ritenere che essi abbiano confidato sul fatto che i prodotti non fossero dannosi. Infatti, costoro di certo avevano interesse a far mantenere un'ottima reputazione ai loro prodotti e a non esporre la loro società a richieste di risarcimento dei danni.*