

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE A CICLO
UNICO IN GIURISPRUDENZA



TESI DI LAUREA

Responsabilità penale colposa e attività d'équipe

Relatore:

Chiar.mo Prof. Marco Pelissero

Candidata:

Caterina Miroglio

Anno Accademico 2020-2021

Ai miei genitori.

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I	
REATI OMISSIVI E LE POSIZIONI DI GARANZIA	3
1. I reati omissivi.	3
1.1 <i>Classificazione dei reati omissivi.</i>	4
2. La posizione di garanzia.	5
2.1 <i>Le concezioni dottrinali.</i>	6
2.1.1 <i>La teoria formale.</i>	6
2.1.2 <i>La teoria funzionale.</i>	9
2.1.3 <i>La teoria mista.</i>	10
2.2 <i>Classificazione delle posizioni.</i>	11
2.2.1 <i>Posizioni di protezione e posizioni di controllo.</i>	11
2.2.2 <i>Posizioni originarie e posizioni derivate.</i>	12
3. Il fondamento della posizione di garanzia.	13
3.1 <i>La posizione del medico.</i>	14
3.2 <i>La posizione del datore di lavoro.</i>	15
CAPITOLO II	
IL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO	18
1. Definizione generale.	18
2. I limiti alla sua operatività.	19
3. Il principio di affidamento nella medicina di gruppo: la divisione del lavoro.	21
3.1 <i>Le posizioni dottrinali.</i>	22
3.2 <i>Gli obblighi di diligenza.</i>	25
3.2.1 <i>Obblighi primari e obblighi secondari.</i>	25
3.2.2 <i>Doveri comuni e doveri divisi.</i>	26
4. Il principio di affidamento nella sicurezza sul lavoro.	28
4.1 <i>Il rapporto tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti.</i>	29
4.2 <i>Il rapporto tra il datore di lavoro e gli altri garanti.</i>	30
5. I rischi di responsabilità oggettiva.	32

CAPITOLO III

ARTICOLO 113 C.P.: LA COOPERAZIONE COLPOSA..... 34

- 1. Disciplina generale..... 34**
 - 1.1 Funzione di disciplina..... 35
 - 1.2 Funzione incriminatrice..... 36
 - 1.3 Il contributo del partecipe..... 39
- 2. La distinzione con il concorso di cause colpose indipendenti..... 41**
 - 2.1 Il legame psicologico..... 41
 - 2.2 Recenti orientamenti giurisprudenziali: la cd. pretesa di interazione prudente..... 44

CAPITOLO IV

L'ÉQUIPE MEDICA..... 47

- 1. Il concetto di équipe..... 47**
 - 1.1 La cooperazione sincronica..... 48
 - 1.2 La cooperazione diacronica..... 51
- 2. I rapporti orizzontali: tra specialisti in diverse discipline..... 53**
 - 2.1 La successione nelle posizioni di garanzia..... 56
- 3. I rapporti gerarchici..... 60**
 - 3.1 Il capo-équipe e il dirigente sanitario di struttura complessa..... 61
 - 3.2 Il medico ospedaliero in posizione subalterna..... 64
 - 3.3 Lo specializzando..... 67
 - 3.4 Il personale paramedico..... 69
- 4. Lo scioglimento anticipato dell'équipe..... 71**

CAPITOLO V

LA SICUREZZA SUL LAVORO..... 74

- 1. Art. 2 TUSL: i soggetti responsabili..... 74**
- 2. Art. 16 TUSL: la delega di funzioni..... 78**
 - 2.1 Le diverse teorie..... 79
 - 2.2 La disciplina di legge..... 80
 - 2.3 L'obbligo di vigilanza del datore di lavoro..... 83
- 3. I principi guida nell'individuazione del responsabile..... 85**
 - 3.1 Art. 299 TUSL: il principio di effettività..... 85

3.2	<i>Il criterio di competenza: le sfere di gestione del rischio.</i>	87
4.	<i>Concorso colposo del lavoratore.</i>	90
CAPITOLO VI		
ALTRI AMBITI DI APPLICAZIONE (CENNI) 92		
1.	<i>I Sindaci e gli altri responsabili in materia di protezione civile.</i>	92
2.	<i>Le forze di polizia.</i>	94
CONCLUSIONI 97		
BIBLIOGRAFIA 100		
RINGRAZIAMENTI 105		

INTRODUZIONE

Lo scopo della presente tesi è quello di tracciare un percorso che riunisca tutti i principi elaborati dalla Corte di Cassazione nell'affrontare ipotesi in cui la responsabilità, a titolo di colpa, di un evento sia ascrivibile a più soggetti: le *équipes* mediche ma anche la gestione della sicurezza sul lavoro. Il tema risulta di particolare rilevanza, dati l'esponenziale aumento, negli ultimi anni, del contenzioso sia nell'ambito della "malasanità" che della sicurezza sul lavoro, e la delicatezza degli interessi in gioco: la tutela dell'integrità psico-fisica di pazienti e lavoratori da un lato, ma anche il sereno esercizio della professione medica e dell'attività lavorativa.

Il primo tema affrontato riguarda le posizioni di garanzia, che impongono l'obbligo di attivarsi, per evitare eventi dannosi, in capo sia ai medici che ai datori di lavoro e agli altri soggetti responsabili della sicurezza nei confronti dei lavoratori. La legge, infatti, attribuisce a questi soggetti dei doveri di protezione nei confronti dei propri pazienti e lavoratori dipendenti, considerati bisognosi di specifica tutela in virtù della loro posizione di inferiorità di conoscenze specifiche nel caso dei pazienti, di mezzi nel caso dei lavoratori subordinati.

L'elaborato prosegue nell'analisi del funzionamento del principio di affidamento e della sua interazione con le posizioni di garanzia rivestite da questi soggetti. La sua applicazione, infatti, è fortemente limitata nei contesti analizzati, proprio in virtù degli obblighi di attivazione in capo a medici e datori di lavoro per evitare eventi lesivi.

Viene esaminato, poi, l'art. 113 c.p., ossia la cooperazione colposa, poiché la maggior parte delle sentenze che si occupano di responsabilità colposa nelle attività in *équipe* ne riconosce la sussistenza. L'obiettivo è quello di chiarire il suo funzionamento e la sua applicazione giurisprudenziale, alla luce dei contrasti dottrinali tra funzione incriminatrice e di mera disciplina.

Successivamente, si affronta lo specifico funzionamento delle *équipes* mediche. Dopo aver chiarito il concetto di *équipe*, vengono analizzate le interazioni

tra professionisti sanitari: può trattarsi di rapporti gerarchici – specialmente in contesti ospedalieri – ma anche paritetici, ove si trovino a collaborare più medici nella medesima posizione gerarchica, ma specialisti in diverse discipline.

Per quanto riguarda la gestione della sicurezza sul lavoro, dopo un breve *excursus* sui soggetti responsabili, si affrontano gli istituti e i principi che aiutano l'interprete a individuare il responsabile di un fatto colposo, soprattutto in grandi realtà lavorative. Il primo di questi è la delega di funzioni, che permette al datore di lavoro di delegare cruciali competenze in materia di sicurezza dei lavoratori. In secondo luogo, vengono in rilievo i principi di effettività e di competenza: il primo attribuisce le responsabilità delle figure apicali in capo a chi eserciti i loro poteri tipici, mentre il secondo aiuta a comprendere quali siano le loro specifiche sfere di responsabilità, in relazione al rischio lavorativo che si trovano a gestire.

Infine, si conclude l'analisi con un breve cenno ad altri ambiti in cui si applicano i principi trattati nel delineare profili di responsabilità colposa, ovvero gli eventi causati dalle forze di polizia in contesti come un arresto o la responsabilità dei sindaci cittadini in eventi quali calamità naturali.

CAPITOLO I

REATI OMISSIVI E LE POSIZIONI DI GARANZIA

SOMMARIO: 1. I reati omissivi. – 1.1. Classificazione dei reati omissivi. – 2. La posizione di garanzia. – 2.1. Le concezioni dottrinali. – 2.1.1. La teoria formale. – 2.1.2. La teoria funzionale. – 2.1.3. La teoria mista. – 2.2. Classificazione delle posizioni. – 2.2.1. Posizioni di protezione e posizioni di controllo. – 2.2.2. Posizioni originarie e posizioni derivate. – 3. Il fondamento della posizione di garanzia. – 3.1. La posizione del medico. – 3.2. La posizione del datore di lavoro

1. I reati omissivi.

Nella dogmatica del reato, si è soliti distinguere tra reati di azione e reati di omissione¹: questa distinzione rileva ai fini della differente descrizione della realizzazione del fatto tipico. Mentre i reati di azione consistono nella commissione di un'azione vietata, la descrizione dei reati di omissione risulta più difficoltosa.

Una parte di dottrina, aspramente criticata dalla corrente maggioritaria, ravvisa la sussistenza dell'omissione in un momento esterno, consistente nell'azione positiva che il soggetto compie, in luogo della diversa azione, omessa, che da lui si attendeva. L'omissione, pertanto, non sarebbe un *quid vacui*, ma l'azione positiva commessa dal soggetto formerebbe un tutt'uno con l'azione omessa e ciò ne costituirebbe l'elemento positivo².

Le critiche che si muovono a questa teoria dell'*aliud agere* sono molteplici. Innanzitutto, non sempre il soggetto, quando avrebbe dovuto attivarsi, compie un'altra azione: ben può succedere che egli rimanga inerte. Inoltre, vi sono obblighi che richiedono di essere adempiuti non in un momento istantaneo, ma entro un certo termine, che può essere più o meno lungo: diventa allora difficile individuare quale *aliud* sia stato compiuto in luogo dell'azione dovuta. Infine, si è rilevato come, ai

¹ Questa distinzione è oggi pacificamente accolta in dottrina. *Ex multis*, esclusivamente a titolo esemplificativo: ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pag. 262; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, Zanichelli, Torino, 2019, pag. 622; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, pag. 266

² ANTOLISEI, op. cit., pag. 224

fini dell'esistenza del reato, sia del tutto irrilevante l'individuazione dell'eventuale azione positiva commessa: è del tutto indifferente, il giudice non è affatto chiamato a compiere questo accertamento³.

A ben vedere, quindi, la vera essenza dell'omissione consiste nel non aver agito in un determinato modo, nel non aver tenuto un certo comportamento⁴. Si è, pertanto, affermato in dottrina che i reati omissivi hanno un'essenza normativa⁵, che consiste in un *non facere quod debetur*, ovvero nel mancato compimento di un'azione, che si attendeva che il soggetto compisse, in base ad un obbligo giuridico⁶.

1.1 Classificazione dei reati omissivi.

I reati omissivi si distinguono in base a due sottogruppi: i reati propri e i reati impropri. La distinzione tra questi non è pacifica in dottrina, che ha infatti elaborato due correnti: una concezione materiale, che guarda alla struttura della fattispecie, e una formale, che pone l'accento sulle modalità di tipizzazione previste dal legislatore.

Secondo la tradizionale corrente materiale, la distinzione tra reati omissivi propri e impropri si effettua in base alla valenza che assume la realizzazione o meno dell'evento: secondo questa teoria, infatti, sarebbero "propri" i reati omissivi che si esauriscono nel mancato compimento di un'azione, in cui, pertanto, l'evento non è elemento costitutivo della fattispecie; al contrario, si definirebbero "impropri" quei reati che consistono nella violazione dell'obbligo di impedire la verifica di un evento, che diventa quindi elemento costitutivo della fattispecie⁷.

³ ANZILOTTI, *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, Milano, 2013

⁴ ANTOLISEI, op. cit., pag. 224, a conferma di quanto sopra affermato

⁵ FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Giuffrè, Milano, 1979; GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Torino, 2020, pag. 223, SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975

⁶ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit., pag. 266

⁷ FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 625

Il secondo orientamento, più recente, tende ad una distinzione di tipo formale, basata sulla tipizzazione effettuata dal legislatore. In questo senso, quindi, sono definiti “propri” quei reati che sono stati espressamente tipizzati dal legislatore, indipendentemente dalla presenza o meno di un evento naturalistico all’interno della fattispecie⁸. Di conseguenza, sono “impropri” i reati omissivi che emergono dal combinato disposto tra l’art. 40 cpv. c.p. e una fattispecie commissiva di parte speciale⁹. Per questo motivo, sono anche detti “commissivi mediante omissione¹⁰”, proprio per la necessità di riportare la clausola generale di equivalenza tra commissione ed omissione, contenuta nell’art. 40 cpv., con una fattispecie di parte speciale, necessariamente commissiva: sarà l’interprete a trasformare un reato di azione in una fattispecie omissiva¹¹. Questo secondo orientamento si è velocemente affermato in dottrina ed è, ad oggi, quello maggiormente seguito, sia perché adotta un criterio formale di distinzione, prescindendo dalla presenza o meno della previsione di un evento naturalistico, sia perché è in grado di spiegare la genesi del reato omissivo improprio: senza la clausola di equivalenza, infatti, la commissione di un reato mediante omissione non sarebbe altrimenti sanzionabile dalla legge penale¹².

È proprio con riferimento ai reati omissivi impropri che è stata elaborata la figura della posizione di garanzia.

2. La posizione di garanzia.

L’art. 40 cpv. c.p. - che recita: “Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo” - è comunemente chiamato “clausola

⁸ Un esempio per tutti: l’art. 593 c.p., l’omissione di soccorso

⁹ FIANDACA, op. cit.

¹⁰ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, op. cit., pag. 223; FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 625

¹¹ Il FIANDACA, op. cit., riporta un interessante dibattito sorto nella dottrina tedesca alla fine degli anni '50 del secolo scorso, dove gli interpreti si sono chiesti se il reato commissivo mediante omissione sia qualificabile come una mera forma di manifestazione della condotta o costituisca una fattispecie autonoma. È pacifico che l’omissione sia caratterizzata da elementi costitutivi diversi, ma a ben vedere esprime la stessa rimproverabilità della sua corrispondente commissiva, pertanto oggi la dottrina è piuttosto concorde che vi sia unicità di fattispecie, che rappresenta una sintesi del medesimo disvalore penale.

¹² *Ex multis* FIANDACA, op. cit.

di equivalenza”, perché introduce, appunto, l’equivalenza tra commissione ed omissione. Ciò non basta, tuttavia, a rendere penalmente rilevante il comportamento omissivo: deve, infatti, sussistere un obbligo giuridico di impedire l’evento, così come richiesto dall’art. 40. Questo obbligo rappresenta quindi un’eccezione¹³, perché non si può chiamare ogni cittadino a rispondere di un evento solamente perché avrebbe avuto la possibilità materiale di impedirlo, se si fosse attivato. La responsabilità penale sorge solamente ove si sia violato un obbligo giuridico, e questo obbligo, nei reati omissivi impropri, è la posizione di garanzia¹⁴

2.1 Le concezioni dottrinali.

Il problema diventa allora individuare gli obblighi giuridici di attivarsi e su quali soggetti essi ricadano: questo delicato compito è demandato agli interpreti, che devono muoversi in un terreno incerto, in quanto l’art. 40 richiede solamente che l’obbligo sia “giuridico”, nel rispetto dei principi di determinatezza e tassatività. Per questo motivo, la dottrina si è, per lungo tempo, interrogata sulla natura e sul significato della giuridicità dell’obbligo di attivarsi, elaborando diverse teorie su quali siano le fonti da cui possa scaturire una posizione di garanzia.

2.1.1 La teoria formale.

La teoria formale è la più risalente¹⁵ ed è ancor oggi sostenuta da una parte della dottrina¹⁶. Questa teoria fa discendere l’obbligo giuridico da tre fonti formali

¹³ Come correttamente osservato da FIANDACA, op. cit., un’eccezione di questo tipo è accettabile solamente quando ciò sia indispensabile per proteggere un bene ritenuto di importanza superiore rispetto al grave sacrificio imposto alla libertà personale

¹⁴ FIANDACA, MUSCO, op. cit. pag. 646

¹⁵ Questa teoria vede la luce nella dottrina tedesca del secolo scorso, dopo un processo di normativizzazione dell’illecito omissivo: autori come Kohler o Beling – entrambi citati dal FIANDACA, op. cit. – criticano le precedenti considerazioni di tipo causale e giungono a dare all’omissione un carattere normativo, in cui l’antigiuridicità dell’omissione assume un carattere prettamente formale.

¹⁶ Così ANTOLISEI, op. cit., pag. 258

– per questo è anche definita teoria del c.d. trifoglio – ovvero la legge¹⁷, il contratto¹⁸ e la precedente attività pericolosa¹⁹.

La teoria formale ha gli indubbi pregi di scongiurare il rischio che l’obbligo di attivarsi venga desunto da doveri meramente religiosi o etici e, *in secundis*, risponde all’esigenza liberale di fine ‘800 di limitare l’ambito di operatività della clausola di equivalenza: i reati omissivi, infatti, sono mal digeriti dagli ordinamenti liberali, in quanto restringono la libertà del soggetto nell’imporgli di agire in una determinata maniera²⁰.

Tuttavia, al di là di questi aspetti positivi, è una concezione che presta il fianco a diverse e precise critiche.

Innanzitutto, non è in grado di spiegare la ratio dell’art. 40 cpv., non chiarisce perché il legislatore penale assimili l’omissione non impeditiva all’omissione: non ogni obbligo extrapenale di attivarsi si converte automaticamente in un obbligo di garanzia, altrimenti si finirebbe per affidare ad altre branche del diritto il giudizio di disvalore che deve tipicamente essere compiuto dal diritto penale²¹. Inoltre, spesso le norme extrapenali mancano di quella determinatezza che il diritto penale esige, sia sotto il profilo del comportamento doveroso da tenere e dei presupposti di operatività, sia nell’individuazione del bene protetto.

In secondo luogo, non esiste alcun obbligo giuridico di impedire l’evento in seguito alla propria precedente attività pericolosa²²: come affermato da una parte di dottrina, la teoria formale entra in contraddizione con se stessa²³. Inoltre, si è

¹⁷ Secondo i sostenitori di questa teoria, l’obbligo può derivare non solo dalla legge penale, ma anche da quella extrapenale. Alcuni vi includono anche gli atti normativi primari ad essa equiparati, regolamenti e consuetudini.

¹⁸ L’art. 1372 c.c. afferma che il contratto “ha forza di legge tra le parti”

¹⁹ Ad esempio, il caso di scuola di chi apre una buca in strada per effettuare dei lavori e omette di predisporre cautele ed avvertenze.

²⁰ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, op. cit., pag. 223

²¹ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, op. cit., pag. 230; FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 646

²² Secondo il giurista d’oltralpe Feuerbach – citato da FIANDACA, op. cit. – la previsione dei reati omissivi deve essere un’eccezione giustificabile soltanto dalla volontà dei consociati; pertanto, si può rinvenire una fonte di questi obblighi di attivarsi solamente nella legge e nel contratto. La precedente attività pericolosa esula completamente da questo tipo di concezione.

²³ FIANDACA, MUSCO, *ibidem*

osservato come lo svolgimento di qualsiasi attività pericolosa lecita sia accompagnata da regole cautelari; pertanto, all'agente si muoverà un rimprovero basato sulla violazione del dovere di diligenza, che avrà dato luogo a un reato commissivo imputabile a titolo di colpa²⁴.

Infine, è una posizione che si rivela essere troppo rigida a fronte di invalidità di tipo formale della fonte contrattuale: a rigor di logica, si dovrebbe concludere che un contratto colpito da qualsivoglia invalidità precluderebbe ogni possibilità di far sorgere un obbligo giuridico di attivarsi. Se, tuttavia, si accettasse questo ragionamento, le conseguenze sarebbero inaccettabili: si pensi al caso – non solo di scuola, ma anche presente nella giurisprudenza – di una baby sitter che, non avendo adeguatamente sorvegliato il bambino, che si fosse poi procurato una lesione personale, si difendesse in giudizio opponendo l'invalidità del suo contratto di lavoro. L'ordinamento non può accettare che ciò basti a contrastare il sorgere della posizione di garanzia della baby sitter²⁵.

Una recente ed efficace critica a questa impostazione proviene da quella parte di dottrina che riflette sulla disciplina dell'illecito colposo, evidenziando una sua particolare caratteristica. Si è infatti osservato come il legislatore, nel descrivere fattispecie che constano sia di un dato normativo – ovvero la trasgressione di una regola di comportamento – sia da un dato naturalistico – cioè l'evento naturalistico tipico – abbia adottato un criterio prettamente sostanziale e affatto formale. In altre parole, la legge ha posto l'accento sull'aspetto contenutistico della regola di diligenza, prudenza o perizia e al suo fine di prevenzione, e non al dato formale della sua fonte²⁶.

²⁴ In questo senso GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *ibidem*;

²⁵ Di nuovo, si veda il paragrafo di GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, già citato.

²⁶ Questa impostazione si ritrova in SGUBBI, op. cit., ed è stata adottata anche da altri, come GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, in *Raccolta di Studi di Diritto Penale*, vol. 34, IV-472, Giuffrè, Milano, 1983 e FIANDACA, op. cit.

2.1.2 La teoria funzionale.

Per tutte le ragioni sopra citate, una successiva corrente dottrinale ha elaborato una teoria di tipo funzionale e contenutistica.

Questa teoria muove i primi passi nella dottrina tedesca, che individua i soggetti obbligati ad impedire l'evento tramite le c.d. posizioni di garanzia. In sintesi, l'obbligo di attivarsi discenderebbe da una situazione o posizione di fatto rivestita da un soggetto, che diventa, appunto, garante, di un bene che l'ordinamento ritiene meritevole di tutela, spesso perché il titolare del bene non è pienamente in grado di tutelare adeguatamente il bene stesso. Sussiste, perciò, uno speciale vincolo di tutela²⁷ tra un bene giuridico e il soggetto, spesso particolarmente qualificato, cui il bene stesso viene affidato in ragione dell'incapacità del suo titolare di proteggerlo e salvaguardarlo in modo adeguato²⁸. L'ordinamento, infatti, individua beni giuridici che sono meritevoli di una tutela rafforzata. Come correttamente evidenziato da diversi autori²⁹, l'individuazione di questi beni è condizionata dal grado di evoluzione culturale a cui la società giunge durante il suo sviluppo. In ogni caso, gli esempi più tipici sono certamente quelli della posizione che assume il genitore nei confronti del figlio minore o del medico nei confronti del paziente.

Perché questo obbligo possa sorgere, sono necessari dei presupposti di fatto.

Innanzitutto, il garante deve essere titolare di obblighi impeditivi, in quanto l'art. 40 cpv. c.p. richiede un "obbligo giuridico di impedire". Non è necessario possedere poteri per impedire direttamente l'evento, ma quantomeno un potere di sollecitare³⁰. È inoltre necessario che il garante abbia la capacità di esercitare questi poteri impeditivi³¹, che devono essere precostituiti alla situazione di pericolo di verifica dell'evento da impedire. In altre parole, la posizione di garanzia non

²⁷ SGUBBI, op. cit.

²⁸ FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 650; si veda anche Cass. Pen., Sez. V, 19 luglio 2021, n. 27905, §§ 2 ss. della motivazione

²⁹ Uno per tutti, il giurista tedesco Kohler, citato dal FIANDACA, op. cit.

³⁰ Si riporta l'esempio di PELISSERO (in GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, op. cit., pag. 231): l'agente di polizia che viene a conoscenza che si sta commettendo un reato, ma che non possa personalmente intervenire, dovrà immediatamente segnalarlo a chi, invece, ne sia in grado.

³¹ Perché *ad impossibilia nemo tenetur*

sorge quando il bene tutelato è messo in pericolo, ma è antecedente: ciò evidenzia il fatto che la società attribuisce *ex ante*, a determinati soggetti, un ruolo di protezione e vigilanza su determinati beni³².

Infine, la posizione di garanzia può riguardare solamente beni specifici, o di specifici soggetti: non è data posizione di garanzia a contenuto generale. Il garante, quindi, è un soggetto che riveste una posizione qualificata, in grado di dominare il pericolo³³. In questo senso, quindi, si possono pacificamente definire i reati omissivi impropri come “reati propri”, in considerazione del fatto che il soggetto attivo è e può essere solamente il titolare della posizione di garanzia.

Alla teoria funzionale bisogna riconoscere il merito di aver evidenziato la necessità di individuare *ex ante* dei garanti a protezione di beni non adeguatamente tutelati dai loro titolari³⁴, ma non mancano delle ineccepibili critiche. I detrattori di questa corrente, infatti, le contestano di porsi in contrasto con i principi di riserva di legge e di tassatività, in quanto determina un'estensione della responsabilità penale, ritenuta eccessiva. Ben colgono nel segno, quindi, coloro che richiamano il requisito della giuridicità dell'obbligo di agire, sottolineando la necessità di individuare delle fonti normative preordinate³⁵.

2.1.3 La teoria mista.

Ad oggi, nessuna delle due teorie sopra illustrate risulta seguita nella sua purezza. Pertanto, dopo aver individuato i punti di forza e i difetti di entrambe, la dottrina ha elaborato una teoria mista, che tenta di integrarle.

Questa concezione accoglie i principi della teoria funzionale, ma richiede che sia comunque presente una base normativa da cui far discendere la posizione del garante. In altre parole, l'individuazione degli obblighi di garanzia deve, in primo luogo, avvenire in base a una fonte formale, ma occorre anche che la

³² GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *ibidem*

³³ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *ibidem*

³⁴ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, op. cit., pag. 234

³⁵ *Ex multis*, FIANDACA, op. cit.

posizione così individuata sia precostituita, specifica, data a un garante munito di poteri quantomeno sollecitativi e che risponda alle esigenze sopra illustrate di tutela di un bene che necessiti di protezione³⁶.

2.2 *Classificazione delle posizioni.*

Grazie al temperamento operato alle due correnti dottrinali da parte della teoria mista, è possibile classificare le posizioni di garanzia non solo in base al loro contenuto – e allora si distinguerà tra posizioni di protezione e posizioni di controllo – ma anche in base a chi ha individuato il garante stesso, differenziando tra posizioni originarie e posizioni derivate.

2.2.1 Posizioni di protezione e posizioni di controllo.

Le posizioni di protezione e le posizioni di controllo si distinguono, tradizionalmente, in base al contenuto dei singoli obblighi, in base a un criterio di carattere funzionale e non formale³⁷.

Le prime sono quelle che hanno lo scopo di preservare e tutelare uno o più beni da qualsiasi rischio che possa mettere in pericolo la sua integrità, quale che ne sia la fonte³⁸. Si instaura, quindi, una particolare relazione tra il garante e il destinatario della tutela, che può essere un soggetto singolo o anche una determinata classe di soggetti³⁹. Esempi classici di questa tipologia sono certamente il rapporto genitore – figlio, ma anche quello medico - paziente.

Al contrario, per quanto riguarda le posizioni di controllo, esse impongono, a chi ha sotto il suo controllo una fonte di pericolo, di neutralizzare tutti – e solo questi – i rischi che derivano dalla stessa⁴⁰. In questo caso, quindi, la fonte di

³⁶ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *ibidem*

³⁷ Posizione oggi pacifica in dottrina, v. *ex multis* GRASSO, op. cit.

³⁸ FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 652

³⁹ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit., pag. 272

⁴⁰ *Ex multis*, le già citate opere di FIANDACA, MUSCO; GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA.

pericolo è ben determinata, e non riguarda ogni possibile rischio, come accade invece per gli obblighi di protezione; inoltre, il garante deve essere un soggetto che possa esercitare i propri poteri giuridici di signoria sulla fonte stessa del pericolo⁴¹. Le fonti del pericolo possono essere forze della natura – così nel caso del rapporto che si instaura tra il bagnino e i clienti dello stabilimento balneare – oppure derivanti da un'attività umana, il cui esempio più lampante è certamente quello del datore di lavoro che deve garantire la sicurezza dei suoi dipendenti.

2.2.2 Posizioni originarie e posizioni derivate.

Un altro criterio di discernimento delle posizioni di garanzia è quello che le distingue in base a chi ha individuato il garante stesso.

In altre parole, è garante originario colui che è stato individuato a norma di legge, in considerazione dello specifico ruolo o posizione sociale rivestita⁴².

Sono, invece, posizioni derivate quelle in cui vi è stato un trasferimento degli obblighi dal garante primario a un altro soggetto: il garante derivato, appunto⁴³. La fonte di questo trasferimento di obblighi può pacificamente essere un accordo contrattuale⁴⁴, ma anche fonti di tipo legale: rilevante in questo ambito è la delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro, prevista dall'art. 16 TUSL (d.lgs. 81/2008)⁴⁵. Non basta, tuttavia, che vi sia una fonte che trasferisca la posizione di garanzia: è infatti necessario che il garante derivato prenda concretamente in carico la tutela del bene affidatogli; allo stesso modo, gli obblighi del garante secondario cesseranno solamente nel momento in cui il bene tutelato venga di nuovo concretamente affidato alle cure del garante originario⁴⁶.

⁴¹ Come correttamente osservato in FIANDACA in più opere (*Il reato commissivo*, cit.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, cit.) la *ratio* di tali obblighi è evidente: chi è minacciato da pericoli derivanti da cose altrui non può difendersi da sé senza, indebitamente, ingerirsi nelle sfere di signoria altrui.

⁴² FIANDACA MUSCO, op. cit., pag. 652, si pensi di nuovo all'obbligo che grava sul genitore nei confronti del figlio

⁴³ Per i riferimenti dottrinali, v. nota 35

⁴⁴ Ad es., il caso della baby sitter, a cui viene affidata la cura del figlio da parte dei genitori

⁴⁵ Si rimanda *infra* per la sua analisi

⁴⁶ Così, nell'esempio della baby sitter – illustrato, tra gli altri, anche da FIANDACA, op.cit. – i suoi obblighi sorgeranno solamente nel momento in cui il bambino verrà concretamente affidato alla sua

3. Il fondamento della posizione di garanzia.

Come la giurisprudenza ha più volte affermato, il fondamento delle posizioni di garanzia e, più in generale, dei reati omissivi è da ricercare nella Costituzione, più precisamente all'art. 2. Il secondo principio fondamentale della nostra Carta recepisce le istanze solidaristiche elaborate a partire dalla fine dell'Ottocento. Fino a quel momento, infatti, gli ordinamenti liberali mal digerivano fattispecie di tipo omissivo poiché, sanzionando l'inerzia, imponevano al cittadino di attivarsi in una determinata maniera, limitando così fortemente la sua libertà personale. Reati di questo tipo erano, quindi, concepiti come assoluta eccezione e la dottrina dell'epoca vi ha dedicato poco spazio⁴⁷.

Un grande ricorso a reati omissivi era invece operato da ordinamenti di tipo autoritario che, in questo modo, comprimono la libertà personale, orientando al contempo il comportamento dei consociati verso la direzione indicata dal regime stesso⁴⁸.

Oggi, al contrario, vigono ordinamenti di tipo solidaristico, impregnati da principi di solidarietà sociale, che richiede al cittadino, in quanto consociato, di attivarsi per salvaguardare beni che sono ritenuti meritevoli di tutela. Nella Costituzione italiana, il riferimento è, appunto, nell'art. 2, che diventa pertanto il fondamento generale di tutte le fattispecie omissive.

Per utilizzare le parole della Corte di Cassazione: "Il fondamento di questa disposizione [*i.e.* dell'art. 40 cpv. c.p.] è da ricercare nei principi solidaristici che impongono (oggi anche in base alle norme contenute negli art. 2, 32 e 41, 2° comma, Cost.) una tutela rafforzata e privilegiata di determinati beni – non essendo i titolari di essi in grado di proteggerli adeguatamente – con l'attribuzione a

custodia. Irrilevante sarà, poi, il fatto che il contratto preveda che il suo orario di lavoro termini in un dato momento, se i genitori non hanno ancora fatto rientro: la sua posizione sussisterà validamente fino a che il bambino non verrà nuovamente preso in cura dai garanti originari.

⁴⁷ FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 622

⁴⁸ FIANDACA, op. cit., GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, op. cit., pag. 223

terminati soggetti della qualità di «garanti» della salvaguardia dell'integrità di questi beni ritenuti di primaria importanza per la persona.⁴⁹»

3.1 La posizione del medico.

Per quanto riguarda la posizione di garanzia in capo al professionista sanitario, essa è sicuramente riconducibile al principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost., ma anche all'art. 32. Questo articolo, infatti, riconosce che il bene salute non ha una valenza solo individuale, ma anche sociale, in linea, come sopra illustrato, con un ordinamento solidaristico e di stato sociale⁵⁰. Si ritrova, pertanto, nel dettato costituzionale il fondamento dell'onere di attivarsi del medico, in virtù della sua posizione di garante, posto a presidio di un bene di interesse collettivo.

Vi è poi un consistente apparato di leggi⁵¹ tese a declinare e a rendere effettiva la portata dell'art. 32 Cost., attraverso la distribuzione funzionale di attribuzioni, competenze e risorse. Ben possono, quindi, essere anche esse considerate fonte legale dell'obbligo di garanzia del medico.

Gran parte della dottrina ritiene che la fonte della posizione del medico risieda anche – per alcuni persino primariamente – nel consenso espresso dal paziente al trattamento, nella sua richiesta di intervento effettuata al sanitario. Costoro argomentano questa tesi sottolineando che, di fronte ad un rifiuto consapevole, l'obbligo di impedire l'evento ex art. 40 cpv. c.p. viene meno: così come il rapporto viene meno di fronte al dissenso, allo stesso modo verrebbe in essere solamente col consenso.

Non si vuole qui analizzare la portata e l'incisività del consenso nel determinare il contenuto dell'obbligazione medica: non si può negare che questa corrente dottrinale colga nel segno nel sottolineare come l'obbligo del medico si arresti di fronte a un consapevole rifiuto, ma non appare una teoria idonea a spiegare la *ratio* solidaristica che sta alla base della posizione del sanitario.

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 8 ottobre 2003, in *Foro It.*, 2004, II, pag. 424

⁵⁰ Concordemente in dottrina, v. *ex multis* SGUBBI, op. cit.

⁵¹ Una per tutte: legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale

Sembra allora ragionevole sostenere una posizione più temperata, secondo cui la Costituzione, l'apparato legislativo e il consenso del paziente sono tutte fonti della posizione di garanzia del medico, ma con specificità diverse: la Costituzione detta il tipo di relazione tra il garante e il suo beneficiario e la sua ragion d'essere, le leggi ne tracciano i confini e il consenso serve, sussidiariamente, a determinare in concreto la generalità e l'astrattezza dell'apparato legislativo.

In concreto, quindi, per far sì che sorga l'obbligo di attivarsi per il professionista sanitario, è necessaria l'instaurazione di una relazione terapeutica, sia che essa sia sorta su base contrattuale, sia che sorga in base a una legge. La Corte di Cassazione, pertanto, oggi richiede semplicemente che un qualche tipo di relazione tra il medico e il paziente sia concretamente venuto in essere, senza richiedere particolari formalità⁵².

A riguardo si segnala che la Suprema Corte talvolta oscilla tra posizioni che ritengono «sufficiente che si sia instaurato un rapporto sul piano terapeutico tra paziente e medico per attribuire a quest'ultimo la posizione di garanzia⁵³» e orientamenti più rigidi, che ritengono che «la posizione di garanzia del medico sul paziente si assume esclusivamente con l'instaurarsi del rapporto terapeutico, su fonte privatistica (contratto o pubblicistica: ricovero ospedaliero⁵⁴)».

3.2 La posizione del datore di lavoro.

Un discorso in parte analogo si può affrontare analizzando il fondamento della posizione di garanzia del datore di lavoro.

⁵² Peraltro, non si tratta di una impostazione completamente sconosciuta al dibattito dottrinale europeo. Si veda, per esempio, la posizione del BINDING – citato da FIANDACA, op. cit. – che afferma che il soggetto assume la veste di garante nel momento in cui ha manifestato di promettere a se stesso e a terzi di impegnare la propria attenzione e le proprie capacità nella neutralizzazione di determinati pericoli, determinando negli altri la giustificata attesa dell'aiuto promesso.

⁵³ *Ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2008, n. 47490; Cass. Pen., Sez. IV, 4 giugno 2008, n. 35307, entrambe in GIUNTA, MICHELETTI, PICCIALLI, PIRAS, *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2008)*, Edizioni ETS, Pisa, 2009. Più recentemente Cass. Pen., Sez. IV, 29 settembre 2020, n. 28316.

⁵⁴ *Ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. IV, 9 luglio 2008, n. 37992, in GIUNTA, MICHELETTI, PICCIALLI, PIRAS, op. cit.

Un appiglio costituzionale si rinviene certamente al secondo comma dell'art. 41, nel contemperare la libertà di iniziativa economica privata con la sicurezza, libertà e dignità umana, beni che vengono dunque ritenuti meritevoli di protezione.

In secondo luogo, dei riferimenti normativi possono essere bastati innanzitutto sull'art. 2087 c.c.⁵⁵, che pone in capo al datore di lavoro l'obbligo di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei suoi lavoratori. Un riferimento più recente si trova in tutto il d.lgs. 81/2008, il Testo Unico sulla Salute e Sicurezza sul Lavoro, e in particolar modo nell'art. 18, che elenca tutti gli obblighi e i doveri delle figure apicali e dirigenziali della struttura lavorativa.

Accanto, tuttavia, a queste fonti formali, c'è chi, in dottrina, ha preferito ancorare la posizione di responsabilità del datore di lavoro a requisiti di carattere sostanziale ed effettivo. Si è infatti osservato che, se la posizione di garanzia è espressione di una relazione che vede un soggetto in condizioni di inferiorità, che non è in grado di proteggere adeguatamente un determinato bene, e di un soggetto in condizioni, invece, di superiorità di conoscenze e di mezzi, che assume quindi il ruolo di garante del bene da proteggere, allora più che le varie fonti di legge è una materiale condizione di inferiorità del lavoratore a far sorgere questo particolare vincolo. Quindi, ciò che fonderebbe la sussistenza della posizione di garanzia del datore di lavoro è il rapporto di lavoro stesso, in cui i requisiti della subordinazione ed eterodirezione pongono lavoratore e datore di lavoro in quella speciale relazione compensativa che giustifica la necessità dell'intervento protettivo del secondo nei confronti del primo⁵⁶. In altre parole, quindi, il lavoratore è *ex ante* in una posizione di vulnerabilità, mentre il datore è colui che ha il controllo e i poteri impeditivi necessari per assurgere a posizione di garante dei beni del lavoratore.

⁵⁵ Di seguito il disposto dell'art. 2087 c.c.: "L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro."

⁵⁶ MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1-2/2011, pag. 153

Parte della dottrina, quindi, critica quell'orientamento della Cassazione⁵⁷ che estende l'obbligazione datoriale senza verificare che ricorrano questi presupposti sostanziali. In questo senso, quindi, non si potrebbe (*rectius*: non si dovrebbe) affermare la responsabilità penale del capocantiere nei confronti del ladro che, nottetempo, si sia abusivamente introdotto nel cantiere per sottrarre dei materiali e lì sia andato incontro a morte perché caduto da un'impalcatura o inciampato in una buca. Come sostengono alcuni, infatti, la vita del ladro non è solidaristicamente affidata al capocantiere, proprio in virtù dell'assenza di quel vincolo lavorativo che genera una particolare relazione tra i due soggetti, perché manca qualsiasi rapporto di dipendenza e predominio tra i due⁵⁸.

⁵⁷ Fin dagli anni '60 la Corte di Cassazione ha iniziato ad affermare che, sintetizzando, le norme di prevenzione degli infortuni sul lavoro sono dirette a tutelare non solo i lavoratori nell'esercizio della loro attività, ma anche tutte le persone che si possano trovare nell'ambiente lavorativo, ancorché estranee.

⁵⁸ MICHELETTI, *ibidem*

CAPITOLO II

IL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO

SOMMARIO: 1. Definizione generale. – 2. I limiti alla sua operatività. – 3. Il principio di affidamento nella medicina di gruppo: la divisione del lavoro. – 3.1. Le posizioni dottrinali. – 3.2. Gli obblighi di diligenza. – 3.2.1. Obblighi primari e obblighi secondari. – 3.2.2. Doveri comuni e doveri divisi. – 4. Il principio di affidamento nella sicurezza sul lavoro. – 4.1. Il rapporto tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti. – 4.2. Il rapporto tra il datore di lavoro e gli altri garanti. – 5. I rischi di responsabilità oggettiva (cenni).

1. Definizione generale.

Nel trattare la disciplina della responsabilità penale delle attività in *équipe* non si può prescindere dall'analisi del principio di affidamento, che gioca un ruolo fondamentale nel disciplinare e delimitare gli effettivi ambiti di responsabilità di ogni partecipante dell'*équipe* stessa.

Detto principio – elaborato dalla dottrina tedesca, in origine in relazione alla circolazione stradale – entra infatti in gioco ogniqualvolta vi sia una pluralità di soggetti che operino su un medesimo bene giuridico, sulla base di una preventiva suddivisione di doveri⁵⁹. In sintesi, ogni consociato può confidare che il comportamento degli altri soggetti con cui venga in contatto sia corretto, cioè rispettoso delle regole di diligenza⁶⁰ proprie non solo dell'agente modello⁶¹ – ovvero dell'*homo eiusdem condicionis et professionis* – ma anche di tutte le conoscenze speciali e ulteriori che l'agente possiede nel caso concreto⁶².

⁵⁹ PIRAS, LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina e diritto penale*, Aa. Vv., a cura di Canestrari, Giunta, Guerrini, Padovani, Edizioni ETS, Pisa, 2009, pag. 301

⁶⁰ Secondo il MANTOVANI M. – *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, in *Seminario Giuridico della Università di Bologna*, vol. CLXXIII, Giuffrè, Milano, 1997 – l'obbligo di diligenza non sarebbe altro che l'aspettativa che l'ordinamento ripone in un dato soggetto e quindi, di riflesso, di tutti i consociati che interagiscono con esso.

⁶¹ *Ex multis*, BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020; FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 589; MANTOVANI F., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2009, pag. 536; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit., pag. 409

⁶² MANTOVANI M., op. cit.

Le sue funzioni sono molteplici. Innanzitutto, porre un limite agli obblighi di diligenza gravanti su ogni titolare di una posizione di garanzia: l'astratta previsione che un altro soggetto possa tenere un comportamento contrario alle regole cautelari non è ovviamente sufficiente a fondare un rimprovero di responsabilità⁶³. *In secundis*, è imposto dal rispetto del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27, co. 1, della Carta Costituzionale. Inoltre, la sua previsione è resa necessaria dall'aspettativa che l'ordinamento giuridico ripone – in certi soggetti preventivamente autorizzati allo svolgimento di attività pericolose ma socialmente utili⁶⁴ – nell'osservanza di determinate regole cautelari poiché, in caso contrario, l'ordinamento stesso non potrebbe autorizzare il loro svolgimento; di conseguenza, anche gli altri compartecipi alle *équipe* di qualsivoglia genere possono legittimamente riporre questa aspettativa negli altri componenti del lavoro di gruppo⁶⁵.

2. I limiti alla sua operatività.

Il principio suesposto trova applicazione solamente nei casi in cui l'affidamento riposto sia solido, motivato e giustificato. Pertanto, non è data tutela al soggetto che non ottempera ai doveri di attenzione e controllo in relazione alle circostanze che giustificano (*rectius*: dovrebbero giustificare) l'affidamento: in tal caso, l'aspettativa diventa cieca e non può più dirsi legittima⁶⁶.

Una parte di commentatori⁶⁷, rielaborando posizioni della dottrina d'oltralpe, opera una distinzione tra affidamento fondato e affidamento necessario. Il primo sarebbe quello che sussiste tra e/o su persone che possono effettuare un controllo reciproco sul loro operato; il secondo è in capo al soggetto che si trova nella necessità di dovere – e quindi di potere – attendere quel determinato comportamento diligente, in virtù di un deficit di conoscenza che gli preclude la

⁶³ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, op. cit., pag. 384

⁶⁴ Come, per esempio, l'attività medica o lo svolgimento di un'attività lavorativa.

⁶⁵ MANTOVANI F., op. cit.

⁶⁶ MANTOVANI M., op. cit.

⁶⁷ MANTOVANI M., op. cit.

possibilità di controllare e quindi sindacare l'altrui operato⁶⁸. Questa seconda tipologia di affidamento non è tutelata sempre e comunque, ma solamente fintantoché perduri la particolare situazione di ignoranza: nel momento in cui le circostanze concrete permettano di comprendere che il quadro di fatto è difforme dalla diligenza attesa, l'affidamento non è più legittimo e sorge il dovere di adattare la propria condotta.

Pertanto, secondo le consolidate opinioni tuttora condivise dalla dottrina maggioritaria, i limiti che il principio di affidamento incontra sono molteplici.

In primo luogo, la riespansione del dovere di diligenza si verifica nel momento in cui l'agente percepisce (*rectius*: avrebbe dovuto percepire) che il comportamento altrui non è più qualificabile come diligente, prudente, perito⁶⁹. In altre parole, ove le circostanze del caso concreto lascino emergere dettagli da cui si può, e quindi, si deve ritenere che il terzo non rispetterà le regole cautelari, l'affidamento non sarebbe più legittimo, in quanto cieco. Questo limite trova grande applicazione nelle attività di *équipe*, dove le posizioni della Corte di Cassazione sono spesso molto rigide, nell'intento di offrire la massima protezione possibile a beni ritenuti meritevoli della più alta tutela; in questi casi, infatti, la cessazione dell'affidamento nell'osservanza delle regole cautelari da parte degli altri partecipanti al lavoro di gruppo determina un obbligo di attivarsi negli altri partecipanti all'*équipe*⁷⁰.

Un secondo limite incombe su soggetti che siano titolari di posizioni di garanzia *ex art. 40 cpv. c.p.*: in linea generale, il controllo e la vigilanza sull'altrui operato può dirsi un dovere di diligenza, in virtù della loro particolare posizione, dettata dall'ordinamento, posta a protezione di beni altrui. Lo stesso dicasi per soggetti in posizione apicale, quali il cd. primario ospedaliero, il capo-*équipe* o il datore di lavoro.

⁶⁸ Esempi di queste situazioni possono essere la circostanza in cui chi si deve affidare manchi di conoscenze tecniche, oppure l'anonimato dei soggetti con cui il soggetto entra in contatto, come nel caso della circolazione stradale.

⁶⁹ *Ex multis*, FIANDACA, MUSCO, op. cit., *ibidem*; GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *ibidem*

⁷⁰ PIRAS, LUBINU, op. cit.

Infine, un ulteriore limite al principio di affidamento sussiste su coloro che versino già in una situazione di colpa: è naturale che, chi abbia creato, con il suo comportamento irrispettoso delle regole cautelari, una situazione di pericolo, non possa legittimamente fare affidamento sul fatto che gli altri soggetti operanti nella stessa équipe pongano rimedio ai suoi errori⁷¹. Si tratterà, certamente, di una situazione che imporrà agli altri partecipanti di attivarsi per impedire il probabile imminente evento lesivo, ma si tratta di un corollario della riespansione dei doveri di diligenza connaturati nelle posizioni di garanzia da costoro rivestite: chi versa in colpa non potrà avvalersene, non può vantare alcun diritto a che altri pongano nel nulla il suo errore⁷².

3. Il principio di affidamento nella medicina di gruppo: la divisione del lavoro.

Il principio di affidamento entra prepotentemente in gioco nella medicina di *équipe*, dove la divisione del lavoro è, ormai da tempo, resa necessaria dal sempre crescente progresso tecnico dell'*ars medica*⁷³. Originariamente, infatti, quello medico-paziente era un rapporto prettamente individuale, caratterizzato da un forte vincolo di fiducia nei confronti di un professionista che si occupava di curare tutti gli aspetti della persona. Il progresso scientifico, al contrario, ha trasformato l'esercizio della medicina in un'attività plurisoggettiva, basata sulla collaborazione tra più professionisti e resa necessaria dalla sempre più pregnante iperspecializzazione⁷⁴. È opinione comune in dottrina che la divisione del lavoro sia al contempo un fattore di sicurezza e un fattore di rischio. Costituisce un fattore di sicurezza il fatto che, potendo il medico concentrarsi esclusivamente sui compiti assegnatigli – per i quali possiede una conoscenza specifica – egli possa portarli a

⁷¹ MANTOVANI M., op. cit.; PIRAS, LUBINU, op. cit.

⁷² PIRAS, LUBINU, op. cit.

⁷³ GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, in *Diritto e processo penale oggi*, diretta da Palazzo e Spangher, vol. 6, Ipsoa, Milano, 2011; RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, in *Itinerari di diritto penale*, sezione Saggi, diretta da Aa. Vv., vol. 18, Giappichelli, Torino, 2013

⁷⁴ GIZZI, op. cit.; MARINUCCI, MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 273; RISICATO, op. cit.

termine con la massima concentrazione e diligenza possibile, senza essere distratto dalla necessità di vigilare sull'operato dei suoi colleghi. Emergono, tuttavia, rischi nuovi e diversi rispetto all'attività monosoggettiva, connaturati alla divisione del lavoro: si pensi, per esempio, a problemi legati a difetti di coordinazione tra sanitari, difetti di coordinamento o anche di informazione, o ancora rischi legati alla difficoltà di avere una visione di insieme della situazione in cui versa il paziente⁷⁵.

3.1 Le posizioni dottrinali.

Il problema della distribuzione delle responsabilità tra i componenti dell'*équipe* ha generato, pertanto, un dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che appare oggi sostanzialmente risolto, anche se si verificano talvolta delle oscillazioni, specialmente nelle pronunce di legittimità, tra posizioni più o meno rigorose.

La tesi più rigida, rimasta minoritaria e isolata, espone un ragionamento che muove le premesse dal concetto, peraltro prettamente civilistico, della responsabilità di gruppo. Questa corrente di pensiero è stata aspramente criticata, in quanto in aperto contrasto con il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale. Un'altra parte di interpreti afferma invece il principio di non affidamento⁷⁶, secondo cui il sanitario, in quanto titolare di una posizione di protezione nei confronti del paziente, è per questo motivo responsabile a tutto tondo della sua tutela, dovendo pertanto effettuare un controllo puntuale su tutte le attività che non siano da lui personalmente compiute: un ragionamento improntato sulla metodica sfiducia tra sanitari, in cui non si potrebbe invocare il principio di affidamento se non in quelle situazioni in cui le circostanze concrete diano motivi per farlo⁷⁷.

⁷⁵ GIZZI, op. cit.; MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

⁷⁶ GIZZI, op. cit.

⁷⁷ In sostanza, questa corrente minoritaria applica il principio di affidamento al contrario, come eccezione e non come regola di base. GIZZI, op. cit.

La dottrina prevalente è oggi arrivata ad affermare che la sussistenza del principio di affidamento costituisce la regola, nel riparto delle responsabilità: ciascun sanitario ben può fare affidamento che gli altri componenti l'*équipe* agiscano nel rispetto delle regole cautelari, senza dover regolare il comportamento in previsione delle loro condotte colpose⁷⁸. Solo in questo modo si possono conciliare iperspecializzazione dell'attività medica, divisione del lavoro e personalità della responsabilità penale⁷⁹.

Così la Corte di Cassazione, che in diverse sentenze ha rigorosamente applicato questo principio, escludendo la penale responsabilità dei compartecipi. A puro titolo esemplificativo, si riportano alcune massime: «In tema di colpa professionale, in caso di intervento chirurgico in *équipe*, il principio per cui ogni sanitario è tenuto a vigilare sulla correttezza dell'operato altrui, se del caso ponendo rimedio ad errori che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio, non opera in relazioni alle fasi dell'intervento in cui i ruoli e i compiti di ciascun operatore sono distinti, dovendo trovare applicazione il diverso principio dell'affidamento per cui può rispondere dell'errore o dell'omissione solo colui che abbia in quel momento la direzione dell'intervento o che abbia commesso un errore riferibile alla sua specifica conoscenza medica, non potendosi trasformare l'onere di vigilanza in un obbligo generalizzato di costante raccomandazione al rispetto delle regole cautelari e di invasione negli spazi di competenza altrui⁸⁰». E ancora: «La responsabilità penale di ciascun componente di una *équipe* medica non può essere affermata sulla base dell'accertamento di un errore diagnostico genericamente attribuito alla *équipe* nel suo complesso, ma va legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente, nella prospettiva di verifica, in concreto, dei limiti oltre che del suo operato, anche di quello degli altri. Occorre cioè accertare se e a quali condizioni ciascuno dei componenti dell'*équipe*, oltre ad essere tenuto per la propria parte al rispetto delle regole di cautela e delle *leges artis* previste con

⁷⁸ Di nuovo, si veda principalmente la già citata opera di GIZZI, ma anche MANTOVANI F, op. cit.; PIRAS, LUBINU, op. cit.; RISICATO, op. cit.

⁷⁹ GIZZI, op. cit.

⁸⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 12 febbraio 2019, n. 30626, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4/2019, pag. 1555, con commento di CARELLA.

riferimento alle sue specifiche mansioni, debba essere tenuto anche a farsi carico delle manchevolezze dell'altro componente dell'*équipe* o possa viceversa fare affidamento sulla corretta esecuzione dei compiti altrui⁸¹».

Naturalmente, non si tratterà mai di un affidamento cieco, ma dovrà sempre essere giustificato dalle circostanze del caso concreto: sussistono, infatti, i medesimi limiti di ogni attività umana in cui entri in gioco questo principio.

Pertanto, non sarà invocabile l'affidamento da chi si trovi in una posizione apicale, quale il cd. primario o il capo-*équipe*⁸²; allo stesso modo, non potrà affidarsi agli altri componenti dell'*équipe* colui che già versi in colpa. Infine, verrà in essere l'obbligo, per il sanitario, di attivarsi, ove le circostanze del caso concreto facciano percepire (*rectius*: possano, e quindi, debbano far percepire) che sussiste una situazione di pericolo per il paziente. Nel campo della medicina, diventa quindi fondamentale comprendere l'*an* e il *quando* queste situazioni concrete possano e debbano essere riconosciute dal sanitario. Il problema non è privo di fondamento, in virtù della sopracitata iperspecializzazione dell'attività medica. La questione è stata efficacemente risolta dalla Corte di Cassazione, che ha elaborato una formula che è diventata, a detta di molti, una “pietra angolare della tipicità colposa⁸³”: «L'obbligo di controllo di attività poste in essere da specialisti di altre discipline si configura solo in presenza di errori evidenti e non settoriali, come tali rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista ordinario»⁸⁴. Questa espressione è stata ripresa più volte dalla giurisprudenza di legittimità e costituisce l'orientamento ermeneutico tuttora seguito, essendone il capostipite⁸⁵. Diventano, dunque, segnali di allarme solamente quegli errori che siano conoscibili dall'*homo eiusdem professionis et condicionis*, ovvero patrimonio del medico “medio”, e non espressione di una conoscenza specifica che, come tale,

⁸¹ Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 27314, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2017, pag. 1225, con commento di TUNESI

⁸² Come già accennato, si avrà modo di chiarire meglio quanto detto nel capitolo successivo.

⁸³ *Ex multis* GIZZI, op. cit.; MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.; PIRAS, LUBINU, op. cit.; RISICATO, op. cit.

⁸⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 1° ottobre 1999, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, pag. 469, con commento di VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*

⁸⁵ Come affermano PIRAS, LUBINU, op. cit.

è posseduta esclusivamente dallo specialista in una determinata disciplina⁸⁶. In altre parole, si deve trattare di una inosservanza di *leges artis* non specialistiche, ma generiche che, come tali, appartengono al patrimonio di conoscenze professionali di qualunque medico⁸⁷.

3.2 *Gli obblighi di diligenza.*

Come si è già avuto modo di affermare, l'applicazione di tutti questi principi è atta a lasciare libero ciascun membro dell'*équipe* di adempiere in modo qualificato e sereno, con la massima diligenza possibile, alle proprie mansioni, senza doversi preoccupare dell'operato altrui, nell'esclusivo interesse del paziente⁸⁸.

Una volta compreso ciò, bisogna stabilire quando un evento lesivo – cagionato dalla condotta negligente, imprudente o imperita di un componente l'*équipe* – sia imputabile anche agli altri. La dottrina ha, perciò, offerto due principali interpretazioni.

3.2.1 Obblighi primari e obblighi secondari.

Una prima soluzione interpretativa ha introdotto la distinzione tra obblighi primari e obblighi secondari del medico. In breve, gli obblighi primari sono tutti quelli derivanti dal corretto e puntuale adempimento delle proprie specifiche mansioni, in relazione alla sfera di scienza e competenza. Di contro, l'obbligo secondario ha ad oggetto il controllo sull'operato altrui, di natura meramente eventuale: esso sorgerebbe solamente nel caso in cui le circostanze del caso concreto facessero venire meno la fiducia che la condotta degli altri componenti l'*équipe* sia diligente⁸⁹. In altre parole, si tratterebbe dell'obbligo di adottare le

⁸⁶ Ad es. Cass. Pen., Sez. IV, 11 ottobre 2012, n. 44830: «[...] quando si tratti di rischi gravi ed evidenti, tutti i sanitari ne sono responsabili, e ciò a prescindere dalle specifiche competenze di ognuno».

⁸⁷ GIZZI, op. cit.

⁸⁸ MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.

⁸⁹ GIZZI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

misure necessarie a porre rimedio alle conseguenze degli errori altrui⁹⁰, una volta che vengano percepite condotte negligenti, imprudenti o imperite in un collega o quando emergano circostanze fattuali che facciano venire meno il legittimo affidamento⁹¹.

A una prima lettura, sembrerebbe una soluzione ragionevole e rispettosa non solo del principio di affidamento, per garantire il sereno esercizio della professione medica, ma anche dei suoi limiti. A ben vedere, tuttavia, si può, certamente, condividere l'idea di fondo che consiste nella delimitazione di responsabilità fintantoché le circostanze di fatto facciano ritenere legittimo l'affidamento del professionista, ma non si può condividere l'assunto secondo cui l'obbligo di controllo sarebbe secondario e meramente eventuale. Si è ribattuto, infatti, che vi possono essere ipotesi in cui un obbligo di vigilanza sia già previsto, in via primaria, nei compiti specifici del singolo medico⁹², come nel caso del capo-*équipe* o del primario. Di conseguenza, è più corretto affermare che dipende dalle singole e specifiche competenze del sanitario componente l'*équipe*, sia in virtù della sua posizione gerarchica, sia in ragione delle sue specifiche conoscenze di settore⁹³. Perciò, è opportuno effettuare, di volta in volta, un'indagine analitica dei compiti spettanti a ciascun medico, in modo da lasciarlo libero di adempiere con diligenza e serenità, nell'interesse del paziente⁹⁴.

3.2.2 Doveri comuni e doveri divisi.

L'approccio analitico suesposto non ha convinto la dottrina maggioritaria, che gli rimprovera di mancare di un generale punto di riferimento. Pertanto, partendo dalla rielaborazione di correnti d'oltralpe, è stata introdotta una nuova distinzione, tra doveri comuni e doveri divisi⁹⁵. I doveri comuni gravano su tutta l'*équipe*, intesa come unico corpus che ha come scopo la tutela del paziente:

⁹⁰ MANTOVANI F., op. cit.

⁹¹ GIZZI, op. cit.

⁹² MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.

⁹³ GIZZI, op. cit.

⁹⁴ MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.

⁹⁵ GIZZI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

ciascuno dei componenti è, però, in grado di offrire una completa protezione del bene, in virtù della titolarità di una posizione di garanzia. Viceversa, i doveri divisi non sono in grado, individualmente considerati, di garantire una protezione totale al bene, in quanto espressione dell'iperspecializzazione della professione medica. Pertanto, tutti questi doveri possono giungere al loro scopo solo globalmente, inseriti, appunto, in un contesto di lavoro di gruppo⁹⁶. La distinzione non è fine a se stessa, in quanto la responsabilità colposa per violazione di doveri comuni sorgerà solamente quando vi sia l'incontro delle violazioni di ciascun obbligo cautelare da parte di tutti i soggetti garanti, perché solo allora verrà in essere l'evento lesivo; al contrario, sarà sufficiente la violazione di un solo dovere diviso ai fini della produzione dell'evento⁹⁷.

La tesi appena illustrata ha l'indubbio pregio di tentare di conciliare il principio della personalità della responsabilità penale con le sempre crescenti esigenze di specializzazione professionale, ma non è indenne da alcune critiche, in particolar modo in relazione alle équipes in cui siano presenti sanitari con diverse posizioni gerarchiche. Si avrà modo di approfondire meglio più avanti il caso di specie, basti ora considerare che, proprio in relazione a tali figure apicali, il fenomeno della divisione dei doveri sembra venire meno, in virtù degli obblighi di controllo su costoro gravanti; tuttavia, per quanto pregnante possa essere questa sorveglianza, non può mai essere tale da diventare un obbligo comune⁹⁸, altrimenti perderebbe di ogni valore il principio della divisione del lavoro⁹⁹. Così si è recentemente espressa anche la Corte di Cassazione, che ha affermato: «In tema di colpa medica, in caso di lavoro in *équipe* e, più in generale, di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta ed al ruolo di ciascuno, non potendosi configurare aprioristicamente una responsabilità di gruppo, in particolare quando i ruoli ed i compiti di ciascun operatore sono

⁹⁶ GIZZI, op. cit.

⁹⁷ BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. Pen.*, 1986, pag. 265

⁹⁸ GIZZI, op. cit.

⁹⁹ Pertanto, una volta che il capo-équipe abbia verificato l'inesistenza di circostanze di fatto che facciano supporre il mancato rispetto delle regole cautelari da parte dei colleghi, può ragionevolmente dedicarsi alle proprie mansioni.

nettamente distinti tra loro, non potendosi trasformare l'onere di vigilanza in un obbligo generalizzato di costante raccomandazione al rispetto delle regole cautelari e di invasione degli spazi di competenza altrui¹⁰⁰».

4. Il principio di affidamento nella sicurezza sul lavoro.

Il principio di cui si sta trattando trova ampia applicazione anche nella disciplina della sicurezza sul lavoro, dove entrano in contatto diverse figure di garanti e di garantiti: oltre al datore di lavoro – il garante primario – vi sono diversi soggetti responsabili della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, quali ad esempio il dirigente, il preposto, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e altri ancora¹⁰¹. Si rende necessario ricorrere a questo principio soprattutto in grandi realtà aziendali, dove il datore di lavoro originario risulta spesso molto distante non solo dai lavoratori, ma anche dagli altri garanti. L'affidamento serve, pertanto, a pareggiare questa distanza incolmabile tra le conoscenze tecniche e le competenze del singolo tutore e la globalità di pericoli cui il lavoratore è esposto, per porre rimedio a una situazione di fatto in cui vi è impotenza di controllo da parte del garante primario sulla gestione di tutte le situazioni di rischio¹⁰².

Per quanto riguarda il garante primario, il datore di lavoro, egli è titolare di una posizione di garanzia a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori. Anche in questo ambito, si riscontrano gli stessi limiti di operatività del principio in esame, che deve sempre essere giustificato dalle concrete situazioni fattuali. Di conseguenza, qualora egli ravvisi indizi che attestino il verosimile mancato rispetto delle regole cautelari, allora sorgerà, nei suoi confronti, l'obbligo di attivarsi per impedire l'evento dannoso.

Il suo affidamento, quindi, potrebbe essere fondato in fase genetica – riposto negli altri garanti individuati *ex lege* o tramite l'istituto della delega di funzioni, di cui si dirà meglio *infra* – ma potrebbe non essere più tale in una fase successiva,

¹⁰⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 21 novembre 2019, n. 49774, in *Cass. Pen.*, 5/2020, pag. 2000

¹⁰¹ Si avrà modo più avanti di trattare in maniera più approfondita come convergono i ruoli di queste figure.

¹⁰² MANTOVANI M., op. cit.

ovvero quando al datore di lavoro si palesino elementi che gli rendano noto o, quantomeno, riconoscibile, che la disciplina da lui dettata viene disattesa dai suoi collaboratori. In questo caso, chiaramente, l'affidamento non è più considerabile legittimo e quindi meritevole di tutela.

In ambito lavoristico, dottrina e giurisprudenza hanno più volte tentato di elaborare degli indizi concreti che rivelerebbero l'infondatezza dell'affidamento. A puro titolo esemplificativo e non esaustivo, essi possono essere: l'inidoneità dei destinatari delle norme interne che suddividono i compiti antinfortunistici a darvi effettivamente corso; il difetto dei mezzi, *lato sensu*, necessari per provvedervi; la conoscenza o, quantomeno, conoscibilità del fatto che i medesimi soggetti, benché idonei e dotati degli strumenti necessari, di fatto non assolvano alle incombenze loro demandate in virtù delle norme interne di suddivisione dei compiti, e molti altri¹⁰³. Si tratta solamente di indizi rivelatori che le norme interne, attributive di obblighi di diligenza, in concreto non possono essere osservate, non vengono osservate o verosimilmente non lo saranno: sono fattori che rendono in concreto prevedibile la realizzazione degli eventi che le norme cautelari tendono a evitare, dovendo quindi suscitare, nel datore di lavoro, l'obbligo di attivarsi per evitarle.

4.1 Il rapporto tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti.

L'applicazione del principio di affidamento risulta molto più difficoltosa per quanto riguarda il rapporto tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti. In questa particolare relazione, infatti, l'affidamento non può trovare spazio, in ragione dell'intrinseca debolezza del lavoratore, destinatario della protezione del datore di lavoro¹⁰⁴. La Corte di Cassazione ha, infatti, più volte affermato che l'impianto normativo riguardante la sicurezza sul lavoro ha la precipua funzione di evitare che si verifichino gli eventi lesivi dell'incolumità fisica e della vita del lavoratore, il cui rischio è senza dubbio connaturato nello svolgimento di ogni attività lavorativa. La normativa è anche consapevole del fatto che spesso, nella prassi, si verificano anche

¹⁰³ Si veda MANTOVANI M., op. cit., secondo cui il principio di affidamento viene meno, qualora si verifichi un evento lesivo o financo mortale, anche quando il garante secondario non posseda le conoscenze e competenze tecniche e quando non disponga di mezzi necessari ad impedire l'evento – ad es. quando non abbia adeguati poteri di spesa.

¹⁰⁴ BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020

eventi lesivi conseguenza di comportamenti imprudenti o disaccorti dei lavoratori stessi, ma prescrive in ogni caso la responsabilità del garante, dovendo egli garantire sempre e comunque l'incolumità dei lavoratori: è estremamente raro, infatti, che la giurisprudenza di legittimità riconosca l'esclusiva responsabilità del lavoratore per eventi lesivi¹⁰⁵.

Per questi motivi, non si riscontra nella prassi il riconoscimento del principio di affidamento. Il datore di lavoro non può invocarlo a propria scusa adducendo l'imprevedibilità della condotta del lavoratore, *in primis* in quanto l'affidamento opera solo e in relazione a comportamenti altrui prevedibili. In secondo luogo, il datore di lavoro riveste, come visto, una posizione di garanzia atta a proteggere il lavoratore da tutti i rischi a cui sia esposto in ragione dell'attività lavorativa¹⁰⁶: pertanto, come più volte affermato dalla Corte di Cassazione, egli non godrà di questa tutela¹⁰⁷.

4.2 Il rapporto tra il datore di lavoro e gli altri garanti.

Un diverso discorso si deve, invece affrontare per quanto riguarda il rapporto tra il datore di lavoro, garante primario, e gli altri garanti, individuati dalla legge o in virtù di una delega di funzioni.

In primo luogo, si può certamente affermare che il datore di lavoro è autorizzato a fare affidamento sull'apparato normativo che affida determinati adempimenti a determinati soggetti e sul suo rispetto da parte di costoro. Di conseguenza, egli è dispensato dal provvedere a tutti quegli adempimenti antinfortunistici che la legge ponga esclusivamente a capo dei soli garanti ulteriori da essa individuati¹⁰⁸. In altre parole, il datore di lavoro è esonerato dal controllo di

¹⁰⁵ Cfr. Cap V, § 4

¹⁰⁶ BLAIOTTA, op. cit.

¹⁰⁷ Si veda per esempio la sentenza Grande – Cass. Pen., Sez. IV, 22 ottobre 2019, in *CED Cass.* n. 214497 – più volte ripresa dalla Corte stessa quando affronta l'argomento; più di recente, Cass. Pen., Sez. IV, 3 novembre 2011, 46961, dove si fa salvo «il dovere di sorveglianza di chi riveste la posizione apicale all'interno del gruppo».

¹⁰⁸ MANTOVANI M., op. cit.

ciò che ricade nella sfera di competenza altrui, in modo da permettergli di concentrarsi sui propri compiti specifici.

Non manca chi, in dottrina, ha osservato come questa distribuzione di compiti antinfortunistici tra i diversi livelli della compagine aziendale rilevi non tanto al livello delle posizioni di garanzia ad essi riferibili, ma sotto il profilo dell'effettiva sussistenza di un addebito di colpa a carico di ognuno di questi garanti, formulabile di volta in volta¹⁰⁹. Pertanto, anche in questo caso il principio di affidamento incontrerebbe dei limiti, qualora il datore di lavoro riscontrasse elementi fattuali che gli facessero intuire il mancato rispetto delle regole cautelari da parte degli altri garanti.

Nella prassi, si riscontrano oscillazioni nelle pronunce di legittimità, che concede più o meno spazio di operatività all'affidamento in base al valore che viene dato all'obbligo di vigilanza¹¹⁰. Si è osservato, infatti, che, ove le norme consentono di delegare alcuni compiti, si prevede un contestuale obbligo di vigilanza, da parte del garante originario, nei confronti del garante derivato. Non si vuole qui affrontare il tema della delega di funzioni prevista dall'art. 16 TUSL, di cui si tratterà più ampiamente *infra*, basti qui considerare che la Corte di Cassazione si è spesso rivelata oscillante nell'interpretare l'estensione di questo obbligo. In talune decisioni, infatti, ha assunto un valore piuttosto pregnante, che ha portato ad affermare la responsabilità penale del datore di lavoro nei casi di difettosa od omessa verifica sull'operato del delegato o anche in casi di scelta impropria del collaboratore¹¹¹. In altri casi, invece, la culpa in vigilando è stata vista con minore rigore, dando modo al principio di affidamento di riespandersi¹¹²: si trattò di contesti in cui, all'interno dell'impresa, la divisione dei lavori era stata giudicata specifica, puntualmente descritta e rigorosa, affidata a persone fornite non solo delle

¹⁰⁹ MANTOVANI M., op. cit.

¹¹⁰ BLAIOTTA, op. cit.

¹¹¹ Sul punto si veda Cass. Pen., Sez. IV, 5 marzo 2019, n. 9454, ove si legge che «[...] adoperando un accessorio di natura ignota, il datore di lavoro espone i dipendenti ad un rischio di cui deve assumersi la responsabilità, poiché non è governabile, non essendo in grado di valutare i requisiti di idoneità e di sicurezza dello strumento complessivamente assemblato»; inoltre, continua la Corte, «non esonera da responsabilità il datore di lavoro l'aver adoperato stampi di volta in volta forniti dai clienti, poiché tale prassi concretizza, in realtà, una reiterata negligenza».

¹¹² BLAIOTTA, op. cit.

necessarie competenze, ma anche dei mezzi idonei e dell'autonomia decisionale necessari per portarli a compimento¹¹³.

In ogni caso, non manca chi in dottrina vuole ricordare che non si deve perdere di vista lo scopo fondamentale della disciplina antinfortunistica, che è quello di salvaguardare l'incolumità del lavoratore: il datore di lavoro non potrà mai invocare a sua discolpa le responsabilità altrui, in mancanza delle necessarie diligenza, prudenza e perizia¹¹⁴.

5. I rischi di responsabilità oggettiva.

Si è tentato, nel corso di questo capitolo, di tracciare il quadro di una disciplina complessa, che è stata frutto di stratificazioni di elaborazioni dottrinali diverse nel tempo, che hanno sentito l'influenza di autorevoli commentatori stranieri, e che hanno spesso evidenziato dei profili di criticità.

Se si aggiunge il fatto che si riscontrano spesso oscillazioni negli orientamenti giurisprudenziali, in particolar modo nelle pronunce della Corte di Cassazione, si è in grado di cogliere come questa disciplina a volta possa risultare quasi carente di punti fermi, dando luogo a sentenze anche diametralmente contrastanti tra di loro.

Il punto più critico è, probabilmente, rappresentato dal rischio di responsabilità oggettiva che grava, come una spada di Damocle, sulla testa di alcuni soggetti. Si avrà modo di approfondire meglio i loro compiti, ma già da ora si può comprendere come un cd. primario corra il forte rischio di vedersi riconosciuto penalmente responsabile per eventi di cui, materialmente, non aveva il controllo e per motivazioni che risulta difficile condividere: egli è visto come una persona onnipresente e onnisciente¹¹⁵, che in ogni momento è a conoscenza e può

¹¹³ Cass. Pen., Sez. IV, 3 giugno 2021, n. 21533

¹¹⁴ BLAIOTTA, op. cit.

¹¹⁵ Non manca chi, in dottrina – come GIZZI, op. cit.; PIRAS, LUBINU, op. cit. – osserva che l'affermare un sistematico principio di “sfiducia” o del “non affidamento” in campo sanitario porti a gravissime conseguenze non solo sul piano della responsabilità penale, dove si corre il rischio di giungere ad aberranti ipotesi di responsabilità di gruppo, ma anche sul piano sociale, scatenando quella moderna piaga che è la medicina difensiva, messa in atto dagli esausti sanitari che non si vedono più tutelati nel loro diritto a un sereno esercizio della professione medica.

controllare quale farmaco viene somministrato a quale paziente e anche contare quante garze laparotomiche sono state inserite nell'addome di un altro paziente mentre era sotto i ferri.

Lo stesso rischio si riscontra nelle attività lavorative, dove il datore di lavoro è spesso ritenuto responsabile per eventi che oggettivamente non esprimono un disvalore penale, ma per il solo fatto di essere datori di lavoro¹¹⁶.

Si possono condividere le motivazioni della Suprema Corte, che vuole offrire la maggior protezione possibile a beni fondamentali come la vita e l'integrità fisica dei pazienti, ma è bene ricordare che in nessun modo si può giungere ad affermare, senza che ovviamente sia stato affermato a chiare lettere, responsabilità da mera posizione, come accade per le figure in posizione apicale, sia in ambito sanitario che nelle attività lavorative.

¹¹⁶ Si pensi al caso risolto in Cass. Pen., Sez. IV, 29 aprile 2008, n 22622, dove si è ritenuto responsabile il datore di lavoro che non ha effettuato un controllo di stabilità sui pali forniti dall'ENEL.

CAPITOLO III

ARTICOLO 113 C.P.: LA COOPERAZIONE COLPOSA

SOMMARIO: 1. Disciplina generale. – 1.1. Funzione di disciplina. – 1.2. Funzione incriminatrice. – 1.3. Contributo del partecipe. – 2. La distinzione con il concorso di cause colpose indipendenti. – 2.1. Il legame psicologico. – 2.2. Recenti orientamenti giurisprudenziali: la cd. pretesa di interazione prudente.

1. Disciplina generale.

L'art. 113 c.p., disciplinando la cooperazione nel delitto colposo, stabilisce che «*nel delitto colposo, quando l'evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso*».

La sua introduzione, nell'*intentio legis*, risolve la disputa dottrinale fino ad allora vigente sulla possibilità di concepire una compartecipazione criminosa nel reato colposo: l'obiezione più comune in ordine alla sua ammissibilità si basava principalmente sulla vetusta idea che qualsivoglia concorso di persone dovesse necessariamente presentare il requisito del "previo accordo", della *scientia maleficii*, ponendosi in contrasto con il carattere involontario della colpa¹¹⁷.

La dottrina odierna non ha mancato di notare la differenza terminologica utilizzata dal legislatore, che descrive quello doloso come *concorso*, mentre quella colposa come *cooperazione*, secondo alcuni per un intento di cautela e per sottolineare le differenze che sussistono tra l'art. 110 e il 113 c.p.¹¹⁸.

¹¹⁷ Ex multis, ALBEGGIANI, *La cooperazione colposa*, in *St. Iur.*, 2000, pag. 515; GIZZI, op. cit.; FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 613; DOLCINI, MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Ipsoa, Assago, 2015, art. 113; in giurisprudenza si veda per tutti Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 29 della motivazione.

¹¹⁸ Così ritiene ANTOLISEI, op. cit., pag. 587, che sostiene che una vera compartecipazione criminosa non sia configurabile nel delitto colposo, trattandosi in verità di un concorso *sui generis* o comunque di un concorso improprio.

In ogni caso, è oggi grandemente prevalente la corrente dottrinale che ritiene che l'art. 113 c.p. disciplini un'autonoma figura di concorso di persone, e che l'utilizzo del termine *cooperazione* non sia altro che un suo sinonimo. Da rigettare sono anche le – ormai pacificamente superate – posizioni dottrinali che ritengono sostanzialmente inutile la sua introduzione, in quanto opererebbe una funzione meramente chiarificatrice, dichiarativa, e nulla più¹¹⁹.

1.1 Funzione di disciplina.

La funzione svolta dall'art. 133 è da sempre una *vexata quaestio*, che ha impegnato le attenzioni della dottrina e su cui sono stati scritti fiumi di inchiostro. Il dibattito, ad oggi, non si può considerare concluso. Se, infatti, è da sempre stata pacifica la funzione di disciplina svolta dalla norma in esame, dubbia risulta l'ammissibilità – e anche l'operatività – di una funzione incriminatrice.

Come appena affermato, dunque, non sussistono dubbi in ordine alla funzione di disciplina svolta dalla norma sulla cooperazione colposa. Essa, infatti, ha lo scopo di individualizzare il trattamento sanzionatorio dei singoli compartecipi all'azione, in modo da poterlo più precisamente calibrare in relazione al contributo causale – e, quindi, al disvalore penale che la loro partecipazione assume – rivestito nella realizzazione del fatto incriminato¹²⁰. Il riconoscimento di una cooperazione colposa tra più soggetti comporta, pertanto, l'applicazione degli articoli 112¹²¹ e

¹¹⁹ DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*

¹²⁰ ALBEGGIANI, *op. cit.*

¹²¹ L'art. 112 c.p. recita: «La pena da infliggere per il reato commesso è aumentata:

- 1) se il numero delle persone, che sono concorse nel reato, è di cinque o più, salvo che la legge disponga altrimenti;
- 2) per chi, anche fuori dei casi preveduti dai due numeri seguenti, ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo;
- 3) per chi, nell'esercizio della sua autorità, direzione o vigilanza, ha determinato a commettere il reato persone ad esso soggette;
- 4) per chi, fuori del caso preveduto dall'articolo 111, ha determinato a commettere il reato un minore di anni 18 o una persona in stato di infermità o di deficienza psichica, ovvero si è comunque avvalso degli stessi o con gli stessi ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza.

La pena è aumentata fino alla metà per chi si è avvalso di persona non imputabile o non punibile, a cagione di una condizione o qualità personale, o con la stessa ha partecipato nella commissione di un delitto per il quale è previsto l'arresto in flagranza.»

114¹²², rispettivamente circostanze aggravanti ed attenuanti specifiche di questa tipologia di concorso¹²³.

Si afferma, perciò, che l'art. 113 svolge indubitabilmente una funzione di mera disciplina in quanto le condotte da esso prese in considerazione assumono già una rilevanza penale in quanto *ex se* qualificabili come colpose¹²⁴: la loro punibilità sarebbe pienamente assicurata dalle singole fattispecie di parte speciale.¹²⁵

Per questi motivi, la dottrina risulta pressoché unanimemente concorde nel ritenere che, in riferimento alle fattispecie causalmente orientate, l'articolo in esame svolga solo una funzione di disciplina, in quanto ogni condotta assumerebbe già una propria rilevanza penale grazie alle fattispecie monosoggettive¹²⁶. Vi è stato, peraltro, chi ha sottolineato il fatto che la quasi totalità dei delitti che sono previsti anche come colposi sono fattispecie causalmente orientate, arrivando, quindi, a sostenere che la funzione principale – e pressoché unica – dell'art. 113 sia, appunto, una funzione di disciplina¹²⁷; secondo altri, questi autori cadono in una fallacia logica nel confondere fattispecie causalmente orientate e fattispecie a forma libera¹²⁸.

1.2 Funzione incriminatrice.

Se pacifico è stato, per gli interpreti, concordare sulla funzione di disciplina della normativa sulla cooperazione colposa, molti più problemi sono sorti in ordine

¹²² L'art. 114 c.p. recita: «Il giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena. Tale disposizione non si applica nei casi indicati nell'articolo 112. La pena può altresì essere diminuita per chi è stato determinato a commettere il reato o a cooperare nel reato, quando concorrono le condizioni stabilite nei numeri 3 e 4 del primo comma e nel terzo comma dell'articolo 112.»

¹²³ GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *ibidem*

¹²⁴ Si avrà modo di chiarire meglio *infra* questo concetto della necessità che le singole condotte siano connotate da rilevanza colposa.

¹²⁵ *Ex plurimis*, ALDROVANDI, op. cit.; GIZZI, op. cit.

¹²⁶ Tra gli altri, ALDROVANDI, op. cit.; DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*

¹²⁷ Tra questi ALDROVANDI, op. cit., il quale ritiene che una funzione incriminatrice delle norme sulla cooperazione colposa sia ipotizzabile, *de facto*, solamente in relazione agli illeciti contravvenzionali. Sulla stessa linea interpretativa si collocano anche interpreti come Gallo.

¹²⁸ ALBEGGIANI, op. cit.

alla configurabilità o meno della sua funzione incriminatrice *in primis* e, *in secundis* anche in relazione a quali tipologie di fattispecie colpose.

La Corte di Cassazione ha affrontato la questione¹²⁹, riconoscendo che la dottrina sostiene due opposte posizioni: la prima afferma – come chiarito *supra* – che non si può riconoscere all’art. 113 altra funzione se non quella di disciplina. La seconda impostazione, accolta poi dalla Suprema Corte, «reputa che la disciplina della cooperazione colposa eserciti una funzione estensiva dell’incriminazione [...] coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte¹³⁰». La Corte prosegue affermando che questo ragionamento è conforme alle finalità perseguite dal legislatore, che voleva risolvere una disputa dottrinale vigente all’epoca¹³¹, e che una conferma di ciò si trova anche nella disciplina delle attenuanti e aggravanti specifiche di questa tipologia di concorso: «tale ultima contingenza, evocando appunto condotte di modesta significatività, sembra attagliarsi perfettamente al caso di condotte prive di autonomia sul piano della tipicità colposa e quindi non autosufficienti ai fini della fondazione della responsabilità penale».

Una volta ammessa la funzione estensiva dell’incriminazione della disciplina della cooperazione nel reato colposo, resta da chiarire a quali tipologie di fattispecie colpose essa possa applicarsi.

Una parte di dottrina¹³², che segue un’impostazione molto rigida, è disposta ad ammettere un margine di operatività solamente per i reati colposi a forma vincolata, per la natura “frammentabile” della condotta negligente, imprudente e imperita tipizzata dal legislatore. Peraltro, questi commentatori rimangono comunque molto scettici, temendo una indebita ed eccessiva estensione della responsabilità: se il legislatore ha inteso dare rilevanza penale ad eventi causati solamente da certe condotte, non si può che concludere che quelle diverse da quelle

¹²⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786

¹³⁰ Si rimanda al paragrafo successivo per una trattazione più precisa delle condizioni a cui ciò può avvenire

¹³¹ Si veda *supra* il primo paragrafo del capitolo corrente.

¹³² FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2017, art. 113

tipizzate debbano considerarsi lecite, e quindi irrilevanti per il giudice penale, nemmeno in concorso con altre. Come si può facilmente intuire, la dottrina presenta opinioni molto sfaccettate, alcune delle quali ben lontane dal trovare un punto d'incontro. Altra parte di dottrina, meno rigida, ammette invero senza difficoltà che la funzione incriminatrice si applichi ai delitti colposi a forma vincolata¹³³.

Un punto su cui la maggior parte di commentatori sembra concordare¹³⁴ è invece l'impossibilità che la funzione di estensione dell'incriminazione si applichi ai reati causalmente orientati in quanto, come chiarito nel paragrafo precedente, le condotte dei compartecipi, singolarmente considerate, assumono rilevanza penale già in base alle fattispecie monosoggettive di parte speciale, senza, pertanto, bisogno dell'art. 113 per procedere a incriminazione.

Piuttosto difficoltosa risulta invece la sua configurazione in relazione ai reati omissivi. La Corte di Cassazione ammette pacificamente il riconoscimento del concorso colposo nei reati omissivi «quando vi sia l'apporto di soggetto non gravato dall'obbligo di garanzia¹³⁵», ma parte della dottrina ha sollevato più di un dubbio. In particolare, vi sono posizioni radicalmente contrarie, che ritengono che ciò comporti una dilatazione eccessiva di responsabilità in capo a soggetti non gravati da posizioni di garanzia; inoltre, ciò costituirebbe una deviazione teleologica rispetto ai fini per i quali il legislatore ha deciso di introdurre questo articolo nel codice del 1930¹³⁶. Infine, si segnala una certa corrente che critica l'impostazione secondo la quale viene riconosciuta la sussistenza dell'art. 113 per condotte qualificate come violazioni di regole cautelari secondarie: a ben vedere, secondo questi commentatori, non sarebbe necessario ricorrere all'art. 113 per dar loro rilevanza penale, in quanto si rimprovera un omesso controllo o impedimento, punibile secondo lo schema del reato omissivo improprio colposo, ex art. 40 cpv c.p.¹³⁷

¹³³ ALDROVANDI, op. cit.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, pag. 567

¹³⁴ ALDROVANDI, op. cit.; FIANDACA, MUSCO, op. cit., pag. 613

¹³⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786

¹³⁶ ALBEGGIANI, op. cit.; DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*

¹³⁷ FIANDACA, MUSCO, *ibidem*

1.3 Il contributo del partecipe.

Per quanto riguarda il contributo di cooperazione – nel rispetto del dato testuale dell’art. 113 c.p., che richiede che un *evento* sia stato *cagionato* – dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che esso debba essere causale rispetto al fatto di reato¹³⁸. Non sembrerebbero esserci ostacoli al riconoscimento della rilevanza anche di condotte meramente agevolatrici, così come accade nella corrispettiva fattispecie plurisoggettiva dolosa ex art. 110 c.p., in virtù della teoria dell’equivalenza delle condizioni¹³⁹: in tali ipotesi si sarebbe in presenza di fatti *ex se* irrilevanti sul piano monosoggettivo, ma che assumono disvalore penale nella loro manifestazione plurisoggettiva solamente e proprio in quanto connessi con la condotta tipica altrui¹⁴⁰. Esaminando la casistica giurisprudenziale, tuttavia, emerge come, di fatto, le condotte ritenute rilevanti siano tutte dotate di rilievo strettamente condizionalistico¹⁴¹: in queste ipotesi, la Suprema Corte oscilla spesso tra il riconoscimento della correttezza ex art. 113 c.p. e l’incriminazione delle condotte sul piano monosoggettivo, in quanto si tratta di casi di specie in cui è ravvisabile un margine autonomo di rilevanza colposa¹⁴².

Invero, dottrina e giurisprudenza mostrano un certo disinteresse nei confronti della concezione di autore, proprio perché il legislatore del 1930 ha imperniato entrambe le fattispecie concorsuali sul concetto di equivalenza delle condizioni e poiché in dottrina è stata elaborata la teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale, in cui perde rilevanza la previa individuazione di una condotta principale dell’autore, cui collegare eziologicamente le condotte accessorie dei partecipi¹⁴³. Questo scarso interesse è, peraltro, anche testimoniato dai lavori preparatori al codice Zanardelli, che vedeva il trattamento sanzionatorio come di primario interesse¹⁴⁴. Peraltro, una nozione estensiva di autore – secondo cui lo sarebbe chiunque contribuisca, in qualsiasi modo, alla lesione del bene protetto – risulta inaccettabile alla luce del principio di legalità¹⁴⁵.

¹³⁸ ALBEGGIANI, op. cit.; FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*; GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, op. cit., pag. 584

¹³⁹ ALBEGGIANI, op. cit.; ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell’impresa*, in *Studi di diritto dell’economia*, a cura di Vincenzo Franceschelli, vol. 4, Giuffrè, Milano, 1999; DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*

¹⁴⁰ FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*

¹⁴¹ Secondo ALDROVANDI, op. cit., la *ratio* sta nelle differenti istanze politico criminali che sorreggono il concorso doloso e la cooperazione colposa: solo nel primo caso vi è la necessità di sanzionare anche condotte meramente marginali, poiché risultano connotate da un più forte disvalore penale e pericolosità sociale.

¹⁴² FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*

¹⁴³ Questa idea, peraltro, è rifiutata dalla corrente dottrinale che aderisce alla teoria dell’accessorietà, ma oggi risulta alquanto minoritaria.

¹⁴⁴ ALDROVANDI, op. cit.

¹⁴⁵ ALDROVANDI, op. cit.

In virtù del ragionamento suesposto, la dottrina sembra, pertanto, oggi concorde nel ritenere che ogni singolo contributo debba integrare la violazione di una regola cautelare¹⁴⁶. Esse possono essere di natura primaria o secondaria: le regole cautelari primarie sono volte direttamente a prevenire la verifica di un evento lesivo, mentre quelle secondarie hanno ad oggetto il comportamento altrui, ovvero l'imposizione di controllare o impedire attività colpose di terzi. Senza pretese di completezza, parte della dottrina attribuisce rilievo solamente alle regole cautelari di carattere secondario, in ipotesi in cui la condotta di partecipazione sarà in rapporto causale con la condotta di un altro soggetto concorrente, in quanto sintomo di una pericolosità «in una guisa ancora indeterminata¹⁴⁷»; tali condotte, pertanto, diventerebbero punibili solamente se consapevolmente inserite nell'ambito di un'operazione collettiva, caratterizzata anche dalla presenza di condotte che sono specificamente pericolose nei confronti dell'evento lesivo cagionato¹⁴⁸. Una delle principali obiezioni che si muove a questa impostazione sostiene che, pur essendo di carattere secondario, si tratta comunque di regole cautelari, idonee a fondare un autonomo rimprovero di colpa, pertanto non si comprende per quale motivo non si possano ricondurre alle corrispondenti fattispecie di parte speciale. Il dibattito sul punto non si può ancora considerare concluso: vi è chi ritiene, al contrario, che la cooperazione colposa possa sorgere anche dalla violazione di obblighi a diretto contenuto cautelare rispetto all'evento che si vuole evitare: basterebbe, quindi, che ogni condotta del partecipe possa qualificarsi come colposa, a prescindere da quale tipologia di violazione cautelare si sia nel concreto verificata¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cass. Pen., Sez. III, 9 gennaio 2008, Abbaneo, in CED Cass., n. 243432: «Nella cooperazione nel delitto colposo [...] la condotta di ognuno dei concorrenti, singolarmente considerata, deve parimenti essere qualificabile come colposa.»; ALBEGGIANI, op. cit.; GIZZI, op. cit., GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *ibidem*.

¹⁴⁷ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, *ibidem*

¹⁴⁸ ALBEGGIANI, op. cit.

¹⁴⁹ ALBEGGIANI, op. cit.; GIZZI, op. cit.

2. La distinzione con il concorso di cause colpose indipendenti.

L'art. 41 c.p.¹⁵⁰ disciplina il concorso di cause: ciò che qui rileva è il terzo comma del citato articolo, in cui viene presa in considerazione la circostanza che vi siano più condotte colpose che si intersechino tra di loro. Esso si caratterizza per essere una convergenza di più condotte colpose, tutte dotate di efficacia eziologica rispetto all'evento lesivo: in altri termini, si tratta di un incrocio occasionale di forze causali. Il dibattito dottrinale, ancora ben lontano dal potersi considerare concluso, si è sempre interrogato su dove sia il punto di confine tra la disciplina della cooperazione colposa e quella del concorso di cause colpose indipendenti. Secondo alcuni commentatori – coloro che negano che l'art. 113 possa avere una funzione estensiva dell'incriminazione, oltretutto di disciplina – individuare un *discrimen* tra queste due fattispecie è assolutamente necessario, dovendosi altrimenti concludere che si tratta di due istituti sostanzialmente identici¹⁵¹; si tratta, in ogni caso, di una corrente minoritaria.

2.1 Il legame psicologico.

La dottrina maggioritaria ritiene oggi che la vera distinzione tra queste due discipline stia nella presenza, nella cooperazione colposa, di un legame psicologico tra le condotte dei concorrenti: solo questo elemento soggettivo può efficacemente caratterizzare questi due istituti¹⁵².

¹⁵⁰ L'art. 41 c.p. recita: «Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento. Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita. Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.»

¹⁵¹ Così afferma Gallo, citato da FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*

¹⁵² ALDROVANDI, op. cit., ritiene che l'individuazione dell'elemento psicologico sia particolarmente necessaria per i reati a forma vincolata, poiché altrimenti non si comprende quale sarebbe quel *quid pluris* che permette di incriminare condotte di cui il legislatore si disinteresserebbe.

Discusso è, tuttavia, in cosa debba consistere questo legame psicologico tra le condotte dei concorrenti. L'opinione prevalente¹⁵³, peraltro ripresa più volte anche dalla Corte di Cassazione, ritiene che consista nella consapevolezza che la propria condotta converge con quella altrui, ovvero il partecipe deve essere conscio di cooperare con altri. Così si è anche espressa la Suprema Corte, che ha affermato che «la cooperazione nel delitto colposo si caratterizza per un legame psicologico tra le condotte dei concorrenti, nel senso che ciascuno dei compartecipi deve essere consapevole della convergenza della propria condotta con quella altrui, senza però che tale consapevolezza investa l'evento richiesto per l'esistenza del reato: ed è questo legame che consente di distinguere la cooperazione dal concorso di cause colpose indipendenti, ipotesi nella quale più soggetti contribuiscono colposamente a cagionare l'evento, senza tuttavia la consapevolezza di contribuire alla condotta altrui.»¹⁵⁴

Minoritaria è rimasta la corrente che richiede che l'agente debba essere conscio del carattere colposo della condotta altrui. A questa impostazione si è obiettato, *in primis*, che l'introduzione di un requisito non esplicitato in alcun dato testuale avrebbe la conseguenza di circoscrivere la portata dell'art. 113 in maniera assai arbitraria; in secondo luogo, diversi commentatori hanno osservato che, se l'agente dovesse anche rappresentarsi il carattere colposo dei compartecipi, allora verserebbe in dolo eventuale o, quantomeno, in colpa cosciente, rendendo il suo comportamento autonomamente punibile in base alle fattispecie di parte speciale, senza bisogno delle norme sulla cooperazione colposa¹⁵⁵. Queste critiche sono state adottate dalla Corte di Cassazione, che di recente ha affermato che «per aversi cooperazione nel delitto colposo, non è necessaria la consapevolezza della natura colposa dell'altrui condotta, essendo sufficiente la coscienza dell'altrui

¹⁵³ *Ex plurimis* ANTOLISEI, *ibidem*; DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*; GIZZI, op. cit.; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *ibidem*. Si segnala, tuttavia, l'opinione contrastante di ALDROVANDI, op. cit., che ritiene che la consapevolezza di cooperare con azioni altrui sia insufficiente a fondare la rimproverabilità del partecipe, in quanto ancora nulla dice sul perché costui sia chiamato a rispondere a titolo di colpa. Inoltre, oltre ad essere insufficiente sarebbe anche inutile, in quanto in contrasto con il carattere normativo della colpa; essa deve sempre essere ricostruita attraverso l'individuazione della regola cautelare violata, atteso che ciò che qualifica come colposa una condotta è sempre e soltanto la prevedibilità dell'evento che la regola cautelare ha l'obiettivo di evitare.

¹⁵⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 30 marzo 2004 n. 45069

¹⁵⁵ DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*; GIZZI, op. cit

partecipazione nello stesso reato, intesa come consapevolezza, da parte dell'agente, del fatto che altri soggetti sono investiti di una determinata attività, con una conseguente interazione rilevante anche sul piano cautelare, nel senso che ciascuno è tenuto a rapportare prudentemente la propria condotta a quella degli altri soggetti coinvolti». ¹⁵⁶

La Suprema Corte non ritiene necessaria la conoscenza delle specifiche condotte dei compartecipi, né la loro identità. Così, se, ad esempio, un medico di medicina generale non è a conoscenza che il paziente si rivolgerà anche ad un altro specialista, qualora entrambi commettessero errori nella terapia le conseguenze sarebbero loro addebitate a titolo di condotte colpose indipendenti ex art. 41 co. 3. ¹⁵⁷ Diversamente, non si può sostenere che il medico di un reparto ospedaliero non sia a conoscenza del fatto che, alla fine del suo turno, subentrerà un altro collega che si prenderà carico dei pazienti ricoverati, anche se non ne conosce il nome né l'intenzione di seguire il medesimo piano terapeutico: in questo caso, eventuali condotte colpose saranno addebitate ai due professionisti in base all'art. 113, in quanto entrambi sono consapevoli che un altro soggetto ha partecipato o parteciperà alla trattazione del caso ¹⁵⁸. In altri termini, qualora un professionista sanitario – ma questo ragionamento è applicabile anche ad altri settori in cui vi siano organizzazioni complesse, quali quella lavorativa o la pubblica amministrazione – sia consapevole che altri soggetti saranno coinvolti nella gestione di un caso, pur non conoscendone l'identità o le modalità con cui intendono trattarlo, sarà chiamato a rispondere di eventuali condotte negligenti, imprudenti o imperite in base alle norme sulla cooperazione colposa ¹⁵⁹.

Alcuni commentatori hanno tentato di individuare la *ratio* di questo orientamento interpretativo, che attribuisce valore al legame psicologico tra le condotte dei concorrenti. Una parte di dottrina ritiene che la consapevolezza delle condotte dei compartecipi sia ciò che le tiene legate, permettendo così di ampliare il dovere di diligenza fino a ricomprendere la prevedibilità – che sarebbe, di norma,

¹⁵⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 12 giugno 2019, n. 25846, in *Riv. Pen.*, 3/2020, pag. 325

¹⁵⁷ GIZZI, op. cit.

¹⁵⁸ GIZZI, op. cit.

¹⁵⁹ DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*

irrilevante – delle possibili conseguenze del fatto che non si può più considerare solamente “del terzo”, ma comune¹⁶⁰. Altra parte di dottrina ritiene inoltre che la presenza di una normativa *ad hoc* sia giustificata dal fatto che il legame psicologico tra le condotte dei concorrenti sia espressione di una maggiore pericolosità sociale, in quanto queste condotte risultano influenzarsi reciprocamente¹⁶¹. Questi autori ritengono, infatti, che in questi casi la verifica di un evento lesivo sia il risultato di un consapevole incontro di condotte colpose reciprocamente influenzantesi e non frutto di una convergenza accidentale di comportamenti, come invece accade nel concorso di cause colpose indipendenti. Pertanto, la consapevolezza di concorrere con altri determina un aumento di pericolosità, che caratterizza il consapevole convergere di più condotte, determinando così un obbligo cautelare aggiuntivo di coordinare la propria attività con quella altrui.¹⁶²

2.2 Recenti orientamenti giurisprudenziali: la cd. pretesa di interazione prudente.

Si è di recente diffusa un'impostazione dottrinale¹⁶³ che critica l'idea che, per la sussistenza del legame psicologico, sarebbe sufficiente la mera consapevolezza di cooperare con una condotta altrui: essa sembrerebbe implicare il rischio di creare una indiscriminata estensione dell'imputazione penale. I detrattori di questa impostazione tradizionale, inoltre, ricordano che la colpa ha un carattere essenzialmente normativo, e non psicologico, rifiutando quindi questa impostazione che richiede necessariamente un legame psicologico tra le condotte dei compartecipi.

È pertanto venuto alla luce un orientamento interpretativo, che è stato gradatamente accolto anche dalla Corte di Cassazione. Secondo questa

¹⁶⁰ BLAIOTTA, op. cit.

¹⁶¹ ALBEGGIANI, op. cit.

¹⁶² In questo senso, risulta più pericolosa, nei confronti del paziente, una scelta imprudente effettuata da una intera *équipe*, piuttosto che la circostanza che la stessa decisione venga presa da un singolo medico, proprio nell'ottica per cui, quando intervengono più condotte colpose, esse si influenzano reciprocamente (e negativamente).

¹⁶³ *Ex multis* ALBEGGIANI, op. cit.

impostazione, per poter ritenere che più condotte siano in cooperazione tra di loro, non serve la sussistenza di un legame psicologico, ma occorre che vi sia un coinvolgimento integrato di più soggetti. Questa interazione può essere imposta dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione di un rischio, oppure che ciò sia una contingenza oggettivamente definita: solamente in questo modo possono assumere penale rilevanza delle condotte atipiche, in quanto si compenetrano con altre condotte tipiche¹⁶⁴. In seguito, questo orientamento è stato ripreso¹⁶⁵ e confermato nella sentenza Thyssen-Krupp¹⁶⁶, e costituisce oggi il punto di riferimento per cogliere la vera essenza della normativa sulla cooperazione colposa.

La Corte di Cassazione ha, pertanto, elaborato il concetto di “pretesa d’interazione prudente”, felice espressione che è oggi entrata in diverse pronunce¹⁶⁷ della Suprema Corte, che ha affermato che «il legame e l'integrazione delle condotte opera non solo sul piano dell'azione ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccuparsi anche della condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Ed è tale pretesa d'interazione prudente che individua il canone per definire il fondamento e i limiti della cooperazione che si ha quando più persone pongono in essere una autonoma condotta, nella reciproca consapevolezza di contribuire con l'azione o l'omissione altrui alla produzione dell'evento non voluto»¹⁶⁸.

In quest’ottica, il concetto di colpa di cooperazione assume caratteristiche proprie, che lo contraddistinguono dal dolo di concorso. Essa, infatti, non consiste nella violazione di regole cautelari che hanno finalità precauzionale nei confronti

¹⁶⁴ Primi riconoscimenti di questa interpretazione si rinvengono già nel 2009, nella già citata sentenza Tomaccio (Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786)

¹⁶⁵ *Ex multis*, si veda Cass. Pen., Sez. IV, 22 maggio 2019, n. 22214, in *Riv. Pen.*, 3/2020, pag. 325, ove si afferma che «sussiste la cooperazione nel delitto colposo quando il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge ovvero da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio o, quantomeno, sia contingenza oggettivamente definita della quale gli stessi soggetti risultino pienamente consapevoli»

¹⁶⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38342, Espenhahn, § 29 della motivazione

¹⁶⁷ Si vedano, ad esempio, Cass. Pen., Sez. IV, 23 luglio 2018, n. 34788; Cass. Pen., Sez. IV, 14 febbraio 2019, n. 7032.

¹⁶⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 28 luglio 2020, n. 22691

dell'evento causato, ma sussiste ogniqualvolta vi sia un dovere di coordinamento e di agire integrato.

CAPITOLO IV

L'ÉQUIPE MEDICA

SOMMARIO: 1. Il concetto di *équipe*. – 1.1. La cooperazione sincronica. – 1.2. La cooperazione diacronica. – 2. I rapporti orizzontali: tra specialisti in diverse discipline. – 2.1. La successione nelle posizioni di garanzia. – 3. I rapporti gerarchici. – 3.1. Il capo-*équipe* e il dirigente sanitario di struttura complessa. – 3.2. Il medico ospedaliero in posizione subalterna. 3.3. Lo specializzando. – 3.4. Il personale paramedico. – 4. Lo scioglimento anticipato dell'*équipe*.

1. Il concetto di équipe.

L'analisi sviluppata nei capitoli precedenti ha avuto l'obiettivo di introdurre e tentare di chiarire i percorsi argomentativi elaborati dalla giurisprudenza nel corso degli anni, in relazione all'accertamento della responsabilità penale dei singoli partecipi a un trattamento sanitario che si è svolto in *équipe* e che ha avuto esito infausto. Il panorama giurisprudenziale appare, ancora oggi, sostanzialmente privo di criteri guida e di massime consolidate – salve rare eccezioni – e, al contrario, piuttosto improntato alla risoluzione del caso concreto: ci si trova così di fronte a un *mare magnum* di contenzioso che risulta pressoché completamente sprovvisto di fili conduttori comuni, ponendo l'interprete di fronte a decisioni spesso oscillanti tra posizioni più o meno rigorose.

Invero, alcune generali idee di fondo possono certamente essere individuate nella tutela di beni di rango costituzionale quali, innanzitutto, la vita e integrità fisica del paziente; in secondo luogo, assume grande rilevanza il principio della personalità della responsabilità penale, più volte richiamato da diverse sentenze, per scongiurare rischi di aberranti responsabilità di gruppo: « In tema di colpa medica, in caso di lavoro in *équipe* e, più in generale, di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento

verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta ed al ruolo di ciascuno, non potendosi configurare aprioristicamente una responsabilità di gruppo¹⁶⁹».

Come si ha avuto modo di affermare in precedenza¹⁷⁰, la divisione del lavoro risulta oggi essere la prassi in qualsiasi trattamento sanitario, resa necessaria dall'iperspecializzazione, dovuta alle sempre maggiori e sempre più precise conoscenze acquisite dalla scienza medica. Come ogni innovazione, ciò ha portato a indubbi miglioramenti nella gestione dei pazienti, ma ha fatto anche sorgere nuovi e diversi rischi; ciò che qui interessa è la circostanza per cui si tratta di attività svolte da singoli agenti, ma che convergono verso un comune fine, che è unico a tutte le mansioni concretamente espletate dai singoli sanitari, ovvero la tutela della vita e dell'integrità fisica del paziente. Per questo motivo, ogni medico o paramedico che entri a comporre l'*équipe* non può esimersi dal conoscere l'attività precedente o contestuale svolta dai propri colleghi, sia in quanto titolare di autonoma posizione di garanzia nei confronti del proprio paziente, sia in applicazione del principio di affidamento che, in linea generale, non si può definire pieno ma relativo o temperato dalla superiore esigenza, appunto, di salvaguardia della vita e dell'incolumità fisica del paziente.

1.1 La cooperazione sincronica.

Una prima grande distinzione che si può operare in questo ambito è quella tra *équipes* sincroniche e diacroniche. La cooperazione sincronica – anche definita *équipe* in senso stretto – è certamente la prima ipotesi che viene alla mente quando si pensa alla collaborazione che intercorre tra più professionisti sanitari: essa si ha quando più medici agiscono contemporaneamente nel medesimo luogo, come avviene, ad esempio, durante un'operazione chirurgica. Il concetto di *équipe* si estende, chiaramente, anche agli altri professionisti della sanità, comprendendo infermieri ed altro personale paramedico. Anche la Corte di Cassazione è intervenuta a definirne il concetto, affermando che essa sussiste «fra medici e

¹⁶⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 12 febbraio 2019, n. 30626, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4/2019, pag. 1555, con commento di CARELLA.

¹⁷⁰ Si veda Cap. II, § 3.

medici e/o ausiliari che agiscono contestualmente per la cura di un paziente, in cui i contributi si integrano a vicenda ed in un unico contesto temporale in vista del conseguimento del risultato sperato¹⁷¹». Prosegue la Corte, affermando un importante principio di diritto, secondo cui «in base ai tradizionali principi in tema di posizione di garanzia e di colpa, non potrà invocare il principio di affidamento, per violazione del dovere di controllo, il sanitario, quando la condotta colposa del collega si concretizzi nella inosservanza delle *leges artis*, che costituiscono il bagaglio professionale di ciascun medico (e, *a fortiori*, qualora l'inosservanza riguardi proprio le *leges artis* del settore specialistico in cui anche l'agente è specializzato), con la conseguente prevedibilità e rilevabilità dell'errore altrui anche da parte di un medico non specialista nel settore, in condizione, per tale motivo, di controllare la correttezza».

Detto principio inizia ad essere elaborato negli ultimi anni dello scorso millennio, dopo che, per lungo tempo, la giurisprudenza di legittimità aveva adottato un approccio perlopiù empirico e casistico. Si iniziano a leggere, pertanto, espressioni che sono poi state riprese in diverse pronunce successive. Di particolare chiarezza e completezza risulta una massima, contenuta in una pronuncia in cui si riconosceva la responsabilità penale di due medici per aver colposamente cagionato la morte di una partoriente. Nella specie, ai due anestesisti era stata addebitata l'effettuazione erronea, nel corso dell'anestesia generale, delle manovre di intubazione che avevano determinato l'esito infausto; in particolare, anche il secondo anestesista doveva ritenersi responsabile, per non essersi accorto dell'errore del collega, nel momento in cui aveva tentato di effettuare una seconda manovra di intubazione, parimenti erronea, in tal modo partecipando attivamente alle fasi dell'intervento da cui era derivata la morte della paziente. La Suprema Corte afferma, pertanto, che «ogni sanitario è responsabile non solo del rispetto delle regole di diligenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma deve anche conoscere e valutare le attività degli altri componenti dell'*équipe*, in modo da porre rimedio a eventuali errori posti in essere da altri,

¹⁷¹ Cass. Pen., Sez. IV, 18 maggio 2018, n. 22007, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2018, pag. 1089, con commento di D'ARCA, *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento.*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2019, pag. 671.

purché siano evidenti per un professionista medio, giacché le varie operazioni effettuate convergono verso un unico risultato finale¹⁷²». Il principio di diritto affermato risulta particolarmente chiaro. In primo luogo, la Corte ribadisce che ogni sanitario che entri a comporre un'*équipe* – pur con le sue conoscenze specifiche e settoriali rispetto a quelle dei colleghi – diventa partecipe di un trattamento che ha un fine unico e comune a tutti gli altri professionisti. In virtù di ciò, nell'adempiere agli obblighi derivanti dalla funzione di garanzia rivestita, il medico non può esimersi dal conoscere l'attività precedente e contestuale svolta dai suoi colleghi. La pronuncia prosegue ponendo dei ragionevoli limiti a questi ulteriori obblighi di diligenza: utilizzando un'espressione della Corte che è risultata particolarmente felice, gli errori da cui scaturisce, per il medico, l'obbligo di attivarsi, sono quelli «evidenti e non settoriali, come tali rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle conoscenze scientifiche specifiche del professionista medio». Pertanto, il dovere di controllo, e quindi di attivarsi per porre rimedio, è limitato alle condotte colpose dei colleghi che integrino violazioni di *leges artis* non già specialistiche, ma generiche, come tali appartenenti al patrimonio professionale di ciascun medico in quanto tale. Solamente quando queste circostanze fattuali siano evidenti esse rendono rilevabile, per il medico, la negligenza, imprudenza o imperizia del collega, pertanto solo con queste premesse si può pretendere il suo intervento.

Il duplice limite che incontra il principio di affidamento – che, per tale motivo, è definibile come relativo o temperato – non è sottinteso in ogni attività di *équipe*, ma necessita di volta in volta di specifico accertamento, in cui non si può non tenere conto delle peculiarità della situazione concreta, della difficoltà del caso e del relativo impegno richiesto¹⁷³.

Si riespande, in tal modo, l'obbligo di attivarsi, per il medico, ogni volta che ha o dovrebbe avere la percezione della violazione delle regole cautelari da parte dei colleghi, o di una situazione in cui sembra prevedibile l'altrui inosservanza delle stesse. L'obbligo di controllo sul collega diventa, pertanto, un dovere che integra l'obbligo di garanzia del medico sul paziente: esso tipizza il comportamento

¹⁷² Cass. Pen., Sez. IV, 12 luglio 2006, n. 33619

¹⁷³ GIZZI, op. cit.

doveroso a cui il sanitario deve uniformarsi¹⁷⁴. La sua violazione deve essere accertata secondo i criteri della causalità omissiva – in combinato disposto degli articoli 40 cpv, 113 e 590 *sexies* – tenendo però presente quanto segue: la realizzazione di un errore da parte di un componente dell'*équipe* costituisce il presupposto di fatto, da cui scaturisce l'obbligo per i colleghi di attivarsi; i requisiti, enunciati dalla Corte di Cassazione, dell'evidenza e non settorialità del suddetto errore non sono elementi della situazione tipica, ma parametri di valutazione per stabilire se l'inosservanza di questo obbligo di controllo, in caso di esito infausto, sia o meno rimproverabile al sanitario a titolo di colpa¹⁷⁵.

1.2 La cooperazione diacronica.

«La cooperazione terapeutica può dipanarsi anche in forma diacronica, cioè attraverso atti medici successivi, affidati anche a sanitari dotati della medesima o di differenti specializzazioni: in questo secondo caso l'unitario percorso diagnostico o terapeutico si sviluppa attraverso una serie di attività tecnico-scientifiche di competenza di sanitari diversi, funzionalmente o temporalmente successive¹⁷⁶»: così la Corte di Cassazione definisce l'azione non contestuale di più sanitari nella gestione di un caso. Il concetto di *équipe*, chiariscono i giudici di legittimità, non si limita alle tradizionali *équipes* chirurgiche, dove l'agire di medici e ausiliari si svolge nello stesso luogo e nello stesso tempo, ma i principi che regolano il suo funzionamento sono applicabili anche nel caso in cui più sanitari si occupino di un paziente anche in tempi e modalità diversi.

La necessità di applicare gli stessi metri di giudizio anche ai casi di cooperazione diacronica è diventata più evidente nel corso degli ultimi decenni, ove la sempre crescente iperspecializzazione delle branche mediche ha reso necessario, anche per la gestione dei casi più semplici, il coinvolgimento integrato di più sanitari, ognuno portatore delle proprie conoscenze specifiche che integrano quelle

¹⁷⁴ GIZZI, op. cit.

¹⁷⁵ GIZZI, op. cit.

¹⁷⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 18 maggio 2018, n. 22007, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2018, pag. 1089, con commento di D'ARCA, *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2019, pag. 671

del collega. Anche in queste ipotesi, infatti, non v'è dubbio che la cooperazione di più medici sia funzionale al perseguimento di un fine comune e unico, che è e rimane la tutela della vita e dell'incolumità fisica del proprio paziente. Pertanto, non v'è ragione per non estendere anche a questi casi tutto l'apparato di principi che regolano l'azione contestuale di un'*équipe*, fino a ricomprendere tutte le ipotesi in cui intervenga più di un professionista sanitario – che sia un medico, un infermiere o altro personale paramedico – nella gestione di un unico paziente¹⁷⁷.

Per questi motivi, si rinviengono diverse sentenze che enunciano principi di diritto analoghi ai casi in cui vengono giudicate cooperazioni sincroniche.

In una recente pronuncia, ad esempio, viene riconosciuta la responsabilità, per lesioni colpose, di un anestesista e due infermieri. Al momento del ricovero per un intervento, i due infermieri avevano correttamente posizionato una paziente sul lettino operatorio, nella posizione funzionale all'operazione chirurgica e si erano poi allontanati, senza, tuttavia, opportunamente legare la paziente. Del tutto inaspettatamente l'anestesista somministrava l'anestesia, senza verificare che la paziente fosse correttamente legata, procurandole così uno stato di incoscienza che provocava la sua caduta dal lettino operatorio, con conseguente trauma cranico e varie emorragie. La Corte ha quindi riconosciuto la responsabilità dell'intera *équipe* – l'anestesista e i due infermieri – in quanto il loro agire, ancorché non contestuale, era eziologicamente connesso alle lesioni della paziente¹⁷⁸. In particolare, si rimproverava ai due infermieri di non avere adempiuto correttamente ai loro doveri, in quanto avrebbero dovuto immediatamente legare la paziente o, quantomeno, non

¹⁷⁷ Si pensi, ad esempio, al comune caso di vita quotidiana di un paziente che si rechi dal proprio medico di medicina generale per un consulto, e che poi questi lo indirizzi a un altro specialista o a un laboratorio per effettuare delle analisi: è fuori di dubbio che con l'altro specialista o con il medico di laboratorio si instauri una cooperazione che ha come fine ultimo la cura del medesimo paziente, dando quindi luogo a una ipotesi di attività in *équipe*.

¹⁷⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 6 febbraio 2015, n. 30991, in *Riv. It. Med. Leg.*, 4/2015, pag. 1592, con commento di MIGLIO. La sentenza è così massimata: «Nell'ipotesi di cooperazione multidisciplinare, ancorché non svolta contestualmente, ogni sanitario è tenuto, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, all'osservanza degli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio. Il principio richiamato, sebbene prenda in considerazione la sinergia tra medici in sala operatoria, ben può essere applicato anche al personale paramedico, nei limiti delle competenze per cui è richiesta la loro prestazione.»

avrebbero dovuto perderla di vista, in modo tale da avvedersi dell'erogazione dell'anestesia e, quindi, per intervenire con una corretta legatura. All'anestesista, d'altra parte, si rimprovera innanzitutto di non essersi informato sulle operazioni svolte dagli infermieri, circostanza che gli avrebbe permesso di sapere che la paziente non era stata legata; in secondo luogo, in quanto anestesista, avrebbe dovuto accorgersi, grazie alle sue conoscenze, che una legatura era assolutamente necessaria per svolgere l'operazione con la paziente sistemata in quella peculiare posizione, dovendo quindi intervenire per far eseguire la legatura prima di somministrare l'anestesia.

Pertanto, anche nei casi in cui vi siano contesti separati, ma un'attività unitaria, la distribuzione degli obblighi avviene come nelle *équipes* sincroniche: sussiste un principio di affidamento temperato, solamente fintantoché le circostanze concrete non facciano sorgere il dubbio, nel sanitario, che le *leges artis* non siano completamente rispettate dai colleghi. In questo modo, i compiti derivanti dalla sua posizione di garanzia nei confronti del paziente sono assolti quando egli svolga non solo quelli relativi alle sue mansioni, ma anche quelli derivanti dalla convergenza delle attività di tutti gli altri professionisti verso un comune fine unico.

2. I rapporti orizzontali: tra specialisti in diverse discipline.

Nell'ampio e variegato panorama delle circostanze in cui si instauri un'*équipe* medica, vi sono le ipotesi in cui essa venga in essere mediante la collaborazione, nella gestione di un medesimo caso clinico, da parte di più specialisti in diverse discipline, ma con la medesima posizione gerarchica. Anche in questo caso, la loro cooperazione, pur essendo caratterizzata da conoscenze specifiche del proprio settore di competenza, è in ogni caso tesa al perseguimento del fine unico, ovvero, come più volte ricordato, la tutela della vita e dell'integrità psico-fisica del paziente in cura.

Ogni medico che entra a comporre l'*équipe* padroneggia le *leges artis* del proprio specifico settore di scienza, pertanto si tratta di ipotesi in cui risulta particolarmente evidente il moderno meccanismo della suddivisione dei compiti e

delle mansioni. In conseguenza di ciò, sarebbe ragionevole ritenere che il sanitario debba prestare attenzione solamente ai compiti connessi alle specifiche mansioni attribuitegli nel caso concreto, potendo fare pieno affidamento sul fatto che i colleghi agiscano nel rispetto delle *leges artis* della propria specializzazione, in virtù del fatto che si tratta, per l'appunto, di conoscenze settoriali e non patrimonio comune di ogni laureato in medicina.

Nella prassi, tuttavia, già da lungo tempo si osserva una “esasperazione dei doveri di diligenza¹⁷⁹” in capo ai medici: sono, infatti, estremamente rare le pronunce in cui si è riconosciuta la sussistenza di un valido affidamento tra sanitari, trattandosi di un settore in cui, più che in altri, i giudici di legittimità hanno mantenuto – e continuano ad oggi a mantenere – un approccio prettamente casistico ed empirico.

Si sarebbe portati a pensare, infatti, che in questi casi il medico possa fare pieno affidamento sull'operato del collega, fintantoché non emergano circostanze fattuali «evidenti e non settoriali, come tali rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle conoscenze del professionista medio» che gli facciano ritenere il contrario, determinando, così, l'obbligo di attivarsi per eliminare la situazione di pericolo¹⁸⁰. Osservando le decisioni riguardanti casi concreti, tuttavia, emerge come la Suprema Corte sia, invece, improntata a riconoscere obblighi reciproci di vigilanza e controllo¹⁸¹, arrivando ad affermare che, nemmeno in questi casi, il sanitario può esimersi dal «conoscere e valutare l'attività precedente e contestuale del collega, sia pure specialista in altra disciplina¹⁸²».

In una recente sentenza è stata riconosciuta la contestuale responsabilità del chirurgo e dell'anestesista per una grave lesione al plesso brachiale di una paziente, dovuta all'errato posizionamento della stessa sul lettino operatorio¹⁸³. Pur essendo pacifico che il mantenimento degli equilibri vitali del paziente, sia durante un

¹⁷⁹ MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.

¹⁸⁰ RISICATO, op. cit.

¹⁸¹ FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*

¹⁸² *Ex multis* Cass. Pen., Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 7346

¹⁸³ Cass. Pen., Sez. IV, 2 aprile 2010, n. 19637, in *Cass. Pen.*, 11/2011, pag. 3857, con commento di MASSARO, *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe.*

intervento che in fase post-operatoria, è competenza dell'anestesista¹⁸⁴, in questo caso è stato ritenuto responsabile anche il chirurgo, per non essere intervenuto a correggere l'errato posizionamento della paziente. Si legge, infatti, nelle motivazioni della Suprema Corte che «se è pur vero che, durante l'intervento chirurgico l'anestesista è il solo competente della posizione del paziente, anche il chirurgo è tenuto a controllare tale posizione, potendo essere chiamato a rispondere delle lesioni subite dal paziente per effetto del malposizionamento sul lettino operatorio». Afferma, pertanto, la Corte il seguente principio di diritto, secondo cui «ogni sanitario è tenuto ad osservare, oltre che il rispetto delle regole di diligenza e prudenza connessi alle specifiche e settoriali mansioni svolte, gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ogni sanitario, quindi, non può esimersi dal conoscere e valutare (nei limiti e termini in cui sia da lui conoscibile e valutabile) l'attività precedente e contestuale di altro collega e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio». Pur riconoscendo che si può pretendere una valutazione dell'attività del collega «nei limiti e nei termini in cui sia da lui conoscibile e valutabile», la Corte riconosce qui la responsabilità del chirurgo, nonostante quelle riguardanti il posizionamento sul lettino operatorio siano conoscenze specifiche di un anestesista, e non patrimonio comune a ogni medico. È, poi, opportuno notare come i giudici di legittimità facciano rientrare questo obbligo di controllo non all'emergere di circostanze fattuali che facciano venir meno un affidamento che possa dirsi legittimo, ma nel contenuto del dovere di diligenza ordinaria del chirurgo.

La sentenza in esame può prestare il fianco a qualche critica: innanzitutto, manca qualsivoglia verifica della circostanza che l'errore dell'anestesista fosse concretamente rilevabile e, quindi, emendabile da parte del chirurgo; in secondo luogo, l'evidenza e la non settorialità dell'errore – parametri di valutazione del rimprovero di colpa che si può o meno concretamente muovere nei confronti del chirurgo – non possono essere considerati sottintesi o impliciti in ogni attività di

¹⁸⁴ MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.

équipe, ma devono sempre essere oggetto di accertamento, tenendo conto delle peculiarità e delle eventuali difficoltà del caso concreto¹⁸⁵.

2.1 La successione nelle posizioni di garanzia.

La prassi moderna di suddividere la gestione di un medesimo caso clinico tra più professionisti sanitari è foriera, oltre che di indubbi vantaggi, anche di pericoli nuovi e diversi rispetto alla vetusta impostazione secondo la quale era un solo medico a prendersi cura del proprio paziente. Essi consistono, principalmente, in difetti di informazione e coordinazione tra più professionisti, che possono portare a gravi conseguenze per il malato¹⁸⁶. Ciò è reso particolarmente evidente quando vi sia un avvicinarsi di medici in momenti successivi l'uno rispetto all'altro, come avviene negli ospedali quando uno di questi smonti dal proprio turno e gli succeda un collega.

Una delle prime difficoltà nel trattare questi casi risiede nell'impossibilità di individuare un capo-*équipe*: si tratta, infatti, di ipotesi in cui, perlopiù, vi è una successione di medici che si trovano nella medesima posizione gerarchica¹⁸⁷. Non bisogna, tuttavia, dimenticare che anche in questi casi ogni medico che coopera al trattamento del paziente ha come obiettivo un fine comune a tutti gli altri, ovvero, come già più volte ribadito, la tutela della salute e dell'integrità psico-fisica del paziente. Si può, pertanto, tracciare una suddivisione, quantomeno di massima, dei compiti e delle competenze di ciascuno, considerando poi separatamente ogni singola fase, applicando tutti i principi sopra illustrati qualora un eventuale esito infausto sia frutto di attività plurisoggettive.¹⁸⁸

Si ha, pertanto, una successione nelle posizioni di garanzia in tutte quelle ipotesi in cui due o più medici si occupino del medesimo caso clinico, ma in tempi

¹⁸⁵ GIZZI, op. cit.

¹⁸⁶ RISICATO, op. cit.

¹⁸⁷ Si pensi, ad esempio, al medico di reparto ospedaliero che termini il proprio turno, e dopo il quale gli subentri il collega, specializzato nella medesima disciplina e che riveste la medesima posizione gerarchica all'interno dell'ospedale.

¹⁸⁸ PIRAS, LUBINU, op. cit.

diversi, l'uno di seguito all'altro. Ciò può accadere nella medesima struttura, come nel caso di turnazione ospedaliera, ma anche in casi *ex se* diacronici, come avviene, ad esempio, nel trapianto di organi¹⁸⁹.

La successione delle posizioni di garanzia si differenzia dall'analogo istituto della delega di funzioni¹⁹⁰ in ambito lavoristico in quanto il garante che cede – alle condizioni che si illustreranno tra breve – la propria posizione è completamente liberato dagli oneri relativi alla posizione stessa, e non diventa configurabile nemmeno una *culpa in vigilando*. In altre parole, non si avrà un cumulo di garanti ma una loro sostituzione.

Il passaggio delle consegne, tuttavia, deve avvenire secondo dei criteri ben precisi. Innanzitutto, deve essere consentito da una fonte formale, che sia la legge o un contratto; in secondo luogo, il garante che subentra deve avere poteri impeditivi effettivi, ovvero deve possedere un dominio sulle fonti di pericolo o sul bene da tutelare che sia fattuale. Infine, l'aspetto probabilmente più importante del passaggio delle consegne risiede nella necessità che esso sia informato, effettivo e completo¹⁹¹: solamente se le informazioni sono trasmesse correttamente al collega del turno successivo si possono ridurre al minimo i rischi connessi alla suddivisione del lavoro e all'organizzazione ospedaliera, e diventa, inoltre, più semplice l'individuazione del soggetto responsabile di un eventuale *exitus* infausto¹⁹².

Quando vi sia una cessione corretta della posizione di garanzia – ovvero giustificata da una fonte formale, a un soggetto dotato di poteri impeditivi effettivi, informata – e quando l'attività precedente non sia già caratterizzata da negligenza, imprudenza o imperizia, allora il medico che subentra nella gestione del caso clinico può correttamente fare affidamento sul fatto che il comportamento del collega che lo ha preceduto sia stato rispettoso delle *leges artis*, potendosi pertanto dedicare con serenità e diligenza alle mansioni specificamente assegnategli¹⁹³. Qualora, al contrario, il passaggio delle consegne non sia avvenuto in modo corretto, il garante

¹⁸⁹ PIRAS, LUBINU, op. cit.

¹⁹⁰ La delega di funzioni è disciplinata dall'art. 16 TUSL e si avrà modo di trattarne ampiamente nel capitolo successivo.

¹⁹¹ GIZZI, op. cit; PIRAS, LUBINU, op. cit.

¹⁹² PIRAS, LUBINU, op. cit.

¹⁹³ GIZZI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

originario non potrà considerarsi correttamente liberato e anche il secondo medico non sarà esente da responsabilità nel caso in cui le condotte da lui poste in essere siano eziologicamente connesse a un eventuale esito infausto: in tal caso, risponderanno entrambi ex art. 113¹⁹⁴.

Nel caso in cui, invece, sia trasferita la responsabilità su un caso che è già affetto da violazioni delle regole cautelari, i giudici di legittimità adottano un'impostazione molto rigida, che consiste nel principio della continuità delle posizioni di garanzia¹⁹⁵. Il medico che cede una situazione già non osservante delle *leges artis*, infatti, non si libererebbe della sua posizione di garanzia, nemmeno se espletasse tutti i doveri connessi al passaggio delle consegne e informasse il collega della situazione di pericolo¹⁹⁶. Il ragionamento della Corte è il seguente: essendo il primo medico in colpa, secondo il funzionamento generale del principio di affidamento, egli non può legittimamente confidare nel fatto che altri elimineranno le situazioni di pericolo da lui innestate. In linea puramente teorica, il ragionamento potrebbe apparire condivisibile, ma incontra un grande ostacolo se si considera che il primo medico staccherà in ogni caso dal proprio turno e uscirà dall'ospedale, perdendo così ogni potere effettivo di gestione della situazione clinica: non può aversi garante privo di poteri impeditivi o di controllo sul bene affidatogli, in quanto non potrebbe, di fatto, assolvere ai compiti connessi alla sua posizione di garanzia¹⁹⁷.

Per quanto riguarda il caso in cui il passaggio delle consegne avvenga senza che sia correttamente adempiuto il dovere di informazione nei confronti del collega subentrante, è appena il caso di considerare che questo non ricade solamente sul primo garante, dovendo anche il medico subentrante avere un comportamento attivo nel cercare di ottenere tutte le informazioni necessarie per comprendere al meglio l'attività intrapresa dal collega precedente¹⁹⁸. Qualora, ad ogni modo, egli non venga informato di una eventuale situazione di pericolo, potrà comunque fare

¹⁹⁴ PIRAS, LUBINU, op. cit.

¹⁹⁵ GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 3-4/2017, pag. 508

¹⁹⁶ Per costui verrebbe in essere, tra l'altro, un onere di eliminare la situazione di rischio precedente, come ritengono PIRAS, LUBINU, op. cit.; RISICATO, op. cit.

¹⁹⁷ GIZZI, op. cit.

¹⁹⁸ GIZZI, op. cit.

affidamento sull'operato del primo medico, fintantoché non emergano elementi fattuali che gli facciano percepire il contrario, determinando, così, il dovere di attivarsi¹⁹⁹. Parte della dottrina ha, infatti, evidenziato come ciò sia funzionale ad evitare che i rapporti tra medici diventino sempre più improntati al sospetto reciproco in quanto ciò non tutela il paziente meglio della suddivisione delle mansioni, della turnazione dei medici e dell'affidamento nelle competenze dei colleghi²⁰⁰.

L'accertamento di tutti questi elementi fattuali deve avvenire nel più rigoroso rispetto dei principi seguiti per l'accertamento della causalità omissiva. La Corte di Cassazione, infatti, si è recentemente trovata ad affrontare un caso di responsabilità di tre medici, avvicendatisi nella gestione del medesimo paziente, per la morte di un bambino, avvenuta in seguito a perforazione dell'intestino²⁰¹. Senza voler qui esaminare la complessa vicenda, il bambino era deceduto in quanto era stato sottoposto a un clisma opaco²⁰² senza la necessaria idratazione. I giudici di legittimità avevano poi annullato con rinvio la sentenza di condanna dei medici intervenuti prima di quello che aveva eseguito il clisma opaco, per non aver verificato se costoro avessero contribuito all'omessa idratazione del paziente, quale fosse il livello di disidratazione raggiunto al momento del loro intervento, e se i rischi connessi alla disidratazione si fossero aggravati in considerazione della decisione – presa da altri medici – di sottoporre il paziente al clisma opaco. La Corte, pertanto, afferma che «in tema di successione di posizioni di garanzia, quando l'obbligo di impedire l'evento connesso ad una situazione di pericolo grava su più persone obbligate ad intervenire in tempi diversi, l'accertamento del nesso causale rispetto all'evento verificatosi deve essere compiuto con riguardo alla condotta e al ruolo di ciascun titolare della posizione di garanzia, stabilendo cosa sarebbe accaduto nel caso in cui la condotta dovuta da ciascuno dei garanti fosse

¹⁹⁹ GIZZI, op. cit.

²⁰⁰ PIRAS, LUBINU, op. cit.

²⁰¹ Cass. Pen., Sez. IV, 20 novembre 2019, n. 1350, in *Cass. Pen.*, 9/2020, pag. 3267

²⁰² Il clisma opaco doppio contrasto è una radiografia del colon e del retto che viene effettuata mediante l'utilizzo prima di sospensione di acqua e bario introdotti per via rettale e poi di aria che consente di rendere visibile ai raggi x la struttura dell'organo in cui viene immessa, cioè il colon *in toto*: www.humanitas.it/visite-ed-esami/clisma-opaco/.

stata tenuta, anche verificando se la situazione di pericolo non si fosse modificata per effetto del tempo trascorso o di un comportamento dei successivi garanti».

Infine, è opportuno ricordare come l'avvicinarsi di più professionisti sanitari nella cura di un medesimo paziente non si limita ai soli medici, né alle sole fasi strettamente operatorie: sono infatti configurabili analoghe posizioni di responsabilità *in primis* anche nei confronti del personale paramedico e, in secondo luogo, anche nei confronti di chi lascia la sala operatoria senza fornire precise indicazioni sul trattamento del decorso post-operatorio. In questo senso si è di recente pronunciata la Corte di Cassazione, che ha affermato che l'obbligo di garanzia «si estende al successivo decorso post-operatorio, con la conseguenza che è ravvisabile una responsabilità per colpa ove, terminato l'intervento, il medico si sia allontanato senza essersi personalmente accertato ovvero adoperato rispetto ad eventuali esigenze rilevabili nella fase successiva all'operazione chirurgica *stricto sensu* intesa, purché concretamente prevedibili nel caso specifico²⁰³».

3. I rapporti gerarchici.

Oltre che tra specialisti in diverse discipline, accade frequentemente che la divisione del lavoro, nel trattamento di un paziente, avvenga in senso verticale, ovvero tra componenti dell'*équipe* che si trovano in diverse posizioni gerarchiche. Ciò risulta maggiormente evidente all'interno delle strutture ospedaliere, che stanno diventando organizzazioni sempre più ampie e complesse, con gerarchie precisamente definite.

La normativa di riferimento si è evoluta nel corso dei decenni, senza peraltro apportare modifiche davvero significative. Una prima regolamentazione si ebbe con il r.d. 30 settembre 1938, n. 1631²⁰⁴, in cui si introdusse la distinzione tra primario, aiuto e assistente. Queste tre figure rimasero anche nell'impianto delineato dal d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761²⁰⁵, ove vennero caratterizzate da un climax di

²⁰³ Cass. Pen., Sez. IV, 23 gennaio 2018, n. 22007

²⁰⁴ “Norme generali per l'ordinamento dei servizi sanitari e del personale sanitario degli ospedali”.

²⁰⁵ “Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali”.

competenze e responsabilità. In breve, l'assistente era il medico nella posizione iniziale, con funzioni di supporto, studio, didattica e ricerca, ai fini della sua formazione professionale, e la cui attività risultava vincolata alle direttive impartite dai medici in posizione superiore; vi era poi l'aiuto, ovvero un medico in posizione intermedia che, oltre a svolgere le attività tipiche dell'assistente, aveva autonome competenze di diagnosi e cura nel settore della propria specializzazione, ma sempre sulla base delle direttive ricevute dal medico in posizione apicale. Infine, alla figura del c.d. primario – il medico in posizione apicale, appunto – erano affidate attività di direzione e programmazione del reparto, di verifica e indirizzo delle attività di diagnosi e terapia, nel rispetto dei margini di autonomia decisionale concessi alle altre due figure mediche.

Il quadro sembra mutare verso la fine del secolo scorso, dopo due importanti modifiche²⁰⁶: esse hanno eliminato la distinzione tripartita tra primari, aiuti e assistenti, introducendo quella tra dirigenti di primo e secondo livello. Si viene, pertanto, a delineare, la figura del dirigente sanitario di struttura complessa, che svolge, di fatto, tutte le funzioni del vecchio primario, con relative responsabilità: nemmeno la Corte di Cassazione ha smesso di usare il termine “primario”, arrivando infine ad affermare che si sia trattato di una «mera questione terminologica²⁰⁷».

3.1 Il capo-équipe e il dirigente sanitario di struttura complessa.

Risulta agevole, per motivi di opportunità nella trattazione, analizzare congiuntamente le figure del capo-équipe e del dirigente sanitario di struttura complessa – cui, da qui in avanti, si farà riferimento con il termine, invalso nella prassi, di “primario”. A ben vedere, sarebbe possibile cercare di tracciare una linea di distinzione tra queste due figure, poiché il capo-équipe è colui che assume, ad esempio in una operazione chirurgica, questo ruolo per motivi di anzianità, qualifica

²⁰⁶ Si tratta del d.lgs. n. 502/1992 (“Riordino della disciplina in materia sanitaria”) e del d.lgs. 229/1999 (“Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale”), con successive modifiche.

²⁰⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 23 dicembre 2005, n. 47145

professionale, posizione gerarchica, ma non necessariamente coincide con la figura apicale dell'organizzazione ospedaliera; inoltre, risulta assai difficile pensare che un primario possa prendere parte a tutte le operazioni chirurgiche che si svolgano nel suo reparto²⁰⁸. L'opportunità di individuare questa linea di confine risiederebbe nel fatto che se il capo-*équipe* è anche primario, allora costui avrà obblighi di indirizzo, oltreché di vigilanza; al contrario, se si tratta di un medico che ha assunto un ruolo direttivo solamente nel contesto di quella specifica operazione, allora su di lui incomberanno solamente doveri di coordinamento, una volta assolti i quali potrà serenamente dedicarsi alla cura del paziente. Inoltre, una parte di dottrina non ha mancato di osservare come il capo-*équipe* svolga anche attività direttamente operativa, sottolineando, pertanto, la necessità di delimitare i doveri di controllo su di lui incombenti: imporgli oneri di sorveglianza continua e costante non sarebbe certamente funzionale al perseguimento del miglior risultato possibile nella cura del paziente, dovendo permettergli di dedicarsi, con la necessaria tranquillità, all'operazione in corso, tramite il riconoscimento di un legittimo affidamento sull'operato dei colleghi, seppur temperato²⁰⁹.

Nella prassi, invero, il primario è ritenuto onnipresente e onnisciente, necessariamente caratterizzato da una sistematica sfiducia nei confronti dei suoi sottoposti, rimproverabile sia per *culpa in eligendo* che per *culpa in vigilando*, poiché più volte è stata riconosciuta la sua concorrente responsabilità per fatto altrui semplicemente per la sua presenza fisica all'interno del reparto, circostanza che, *ex se*, avrebbe dovuto permettergli di percepire la situazione di violazione delle regole cautelari²¹⁰. La Corte di Cassazione ha, infatti, escluso che egli possa legittimamente fare affidamento sul corretto operato da parte dei suoi sottoposti, proprio in virtù delle sue funzioni *ex lege* di indirizzo e direzione dell'attività di reparto e di verifica delle scelte terapeutiche. Recentemente, ad esempio, è stata riconosciuta la responsabilità del primario – che svolgeva le veci di capo-*équipe* in un'operazione chirurgica – per non aver verificato che l'infermiere avesse preparato correttamente il medicinale, secondo istruzioni impartite, essendo questa un'attività

²⁰⁸ GIZZI, op. cit.

²⁰⁹ GIZZI, op. cit.

²¹⁰ *Ex multis* GIZZI, op. cit.; FORTI, SEMINARA, ZUCALÀ, *ibidem*; RISICATO, op. cit.

di competenza del medico, seppur delegabile²¹¹. La Corte ha infatti affermato che «la preparazione di un composto medicinale da somministrare è certamente un atto medico di competenza del medico chirurgo, il quale può delegarne a persona competente l'esecuzione materiale, ma deve sempre controllare, proprio perché si tratta di atto solo a lui riferibile, la corretta esecuzione dell'operazione. Ma anche a non voler considerare atto medico la preparazione del composto, non per questo verrebbe meno la responsabilità del medico chirurgo per l'erronea somministrazione da parte dell'infermiere, non potendosi applicare il principio di affidamento [...]. Ciò in quanto tale principio non si applica nel caso in cui all'agente sia attribuita una funzione di controllo dell'opera altrui, onde, in questa evenienza, egli risponde secondo le regole ordinarie delle condotte colpose del terzo da lui riconoscibili ed evitabili».

In altri termini, non può invocare il principio di affidamento colui che abbia oneri di controllo sulle altrui condotte²¹². Non v'è dubbio che si tratti di una posizione molto rigida, che non attribuisce alcun rilievo alle circostanze fattuali del caso concreto, omettendo anche, a volte, di individuare la condotta rispettosa delle *leges artis* che il primario avrebbe dovuto tenere per rimediare alla condotta colposa del collega. Parte della dottrina, di conseguenza, non fatica ad affermare che spesso i giudici di legittimità sono giunti a riconoscere, nei confronti dei primari – in modo anche malcelato – responsabilità oggettive da mera posizione²¹³.

Il primario è colui che ha la responsabilità di tutti i pazienti ricoverati nel reparto, ma è ovviamente ammesso che egli deleghi la cura di taluno – per la verità, nella prassi la maggior parte – di essi ad altri medici del reparto, in posizione subalterna²¹⁴. Nel fare ciò, diventano ancora più evidenti e fondamentali i suoi doveri di indirizzo e direzione delle scelte terapeutiche da effettuarsi all'interno del reparto, poiché, in caso di esito infausto, sarebbe anch'egli chiamato a risponderne, ex artt. 113 e 590 *sexies*: il medico che si è concretamente occupato del paziente per l'errore da lui commesso, il primario per non aver correttamente indirizzato

²¹¹ Cass. Pen., Sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360

²¹² GIZZI, op. cit.; FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*; RISICATO, op. cit.

²¹³ GIZZI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

²¹⁴ GIZZI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

l'attività terapeutica e per non essere intervenuto a porre rimedio all'errore del collega²¹⁵. La Corte di Cassazione adotta un atteggiamento molto rigido soprattutto ove primario e sottoposto siano specializzati nello stesso settore di scienza medica²¹⁶. Anche in questi casi, pertanto, si osservano occulte ipotesi di responsabilità oggettiva, da mera posizione, in quanto nessun rilievo è spesso dato dalle circostanze del caso concreto.

È, tuttavia, doveroso segnalare una saltuaria inversione di tendenza che si ravvisa in talune coraggiose pronunce. Si legge nelle motivazioni, infatti – come sarebbe logico ritenere – che si esclude la responsabilità del primario che abbia correttamente svolto i propri compiti di direzione e di controllo, impartendo direttive chiare e precise ai medici in posizione subalterna cui abbia delegato la cura di un caso clinico: si tratta, infatti, di professionisti esperti, sui quali il primario può legittimamente fare affidamento fintantoché non emergano elementi di fatto che facciano ritenere il contrario. Un esempio si rinviene in una recente sentenza, in cui la Corte di Cassazione ha dimostrato una certa sensibilità contro il rischio da responsabilità oggettive occulte, affermando che «il medico in posizione apicale che abbia correttamente svolto i propri compiti di organizzazione, direzione, coordinamento e controllo, non risponde dell'evento lesivo conseguente alla condotta colposa del medico di livello funzionale inferiore a cui abbia trasferito la cura del singolo paziente, altrimenti configurandosi una responsabilità di posizione, in contrasto col principio costituzionale di personalità della responsabilità penale²¹⁷».

3.2 Il medico ospedaliero in posizione subalterna.

Nell'organizzazione ospedaliera, una gran parte del personale è rappresentata dai medici in posizione subalterna rispetto al primario, che

²¹⁵ RISICATO, op. cit.

²¹⁶ GIZZI, op. cit.

²¹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 21 giugno 2017, n. 18334, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2018, pag. 1028, con commento di GRECO, *Gestione del rischio clinico e attività medica svolta in regime di plurisoggettività. Imputazione dell'evento per colpa e delega di funzioni in campo sanitario.*

corrispondono alla vecchia figura dell'aiuto. Si tratta di professionisti specializzati, dotati di una certa autonomia decisionale, che deve essere rispettata dal medico in posizione apicale, ma alle cui direttive costoro devono essere considerati vincolati²¹⁸. Nel rispetto della loro professionalità, infatti, non sono considerati dalla legge come meri esecutori di ordini, pur potendo, tuttavia, il primario imporre la propria opinione²¹⁹.

Il medico in posizione subalterna non deve avere un atteggiamento pedissequo e acritico di sudditanza²²⁰ nei confronti del primario: egli ha l'onere, infatti, di esprimere il proprio dissenso ove non condivida le scelte terapeutiche da lui operate. Se, secondo le proprie conoscenze specialistiche, ritiene di non condividere una decisione del primario, egli deve farglielo presente, in virtù della posizione di garanzia che anche l'aiuto riveste nei confronti del paziente: nel caso non lo facesse, al verificarsi di un esito infausto ne risponderebbe anch'egli, in cooperazione con il primario. Lo stesso accade, naturalmente, ogniqualvolta ne condivida l'opinione: se un indirizzo terapeutico è ritenuto corretto da entrambi, entrambi ne condivideranno la responsabilità²²¹.

Viceversa, qualora il medico subalterno non concordasse con una scelta del primario e non lo facesse presente, potrebbe essere per lui configurabile una responsabilità per omissione, in caso di esito infausto, proprio in virtù della posizione di garanzia rivestita.

Si vengono, così, a delineare due ipotesi, in caso di indirizzi terapeutici non condivisi dal medico di reparto. Vi può essere chi preferisca una sanzione disciplinare, piuttosto che porre in essere una condotta – da lui ritenuta – colposa, in cooperazione con il primario: in tal caso, nessuna responsabilità sarà configurabile per chi esprime il proprio dissenso; al contrario, ben può accadere che taluno taccia per senso di disciplina “forse in parte di sapore militaresco²²²”, e allora sarà certamente rimproverabile per colpa in caso di esito infausto, fino a poter

²¹⁸ *Ex multis* GIZZI, op. cit.; FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*; RISICATO, op. cit.

²¹⁹ RISICATO, op. cit.

²²⁰ GIZZI, op. cit.

²²¹ GIZZI, op. cit.; FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*; RISICATO, op. cit.

²²² MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.

integrare ipotesi di colpa aggravata dall'evento²²³. Proprio in virtù del fatto che non è un mero esecutore di ordini, la giurisprudenza ha più volte affermato che il sottoposto che si uniforma alle direttive ricevute è comunque un soggetto che coopera volontariamente, pertanto non si può considerare esente da responsabilità.

In questo senso si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione²²⁴, in un caso in cui è stata riconosciuta la concorrente responsabilità del primario e del sottoposto per omicidio colposo nei confronti di una paziente. Nel corso di un parto cesareo, infatti, si erano presentate delle complicanze che avrebbero dovuto portare a un'isterectomia d'urgenza, per evitare la grave emorragia che ha poi dato luogo alla morte della partoriente. È stata, pertanto, riconosciuta, la responsabilità del ginecologo che stava operando la paziente, per non aver dissentito con il primario e per non averlo indirizzato verso la predetta isterectomia. Per questa ragione, la Corte si è così espressa: «In tema di colpa medica, deve escludersi che possa invocare esonero da responsabilità il chirurgo che si sia fidato acriticamente della scelta del collega più anziano, pur essendo in possesso delle cognizioni tecniche per coglierne l'erroneità, ed avendo pertanto il dovere di valutarla e, se del caso, contrastarla».

Questi orientamenti dei giudici di legittimità appaiono senza dubbio fortemente rispettosi della tutela della vita e dell'integrità psico-fisica dei pazienti, ma si rivelano, dall'altro lato, piuttosto ciechi di fronte all'effettivo meccanismo delle gerarchie ospedaliere. Non si può, infatti, legittimare una sorta di controllo incrociato da parte dell'aiuto nei confronti del primario: innanzitutto ciò non è richiesto da alcuna legge e, in secondo luogo, spesso il medico in posizione subalterna non ha l'anzianità e l'esperienza necessaria per poter muovere critiche all'operato del primario. Si deve, poi, considerare il fatto che se ogni decisione del primario fosse messa in discussione dai medici gerarchicamente inferiori si spalancherebbero le porte del caos, portando a gravi disfunzioni nell'organizzazione ospedaliera²²⁵.

²²³ MARINUCCI, MARRUBINI, op. cit.

²²⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 27 settembre 2019, n. 39727, in *St. Iur.*, 4/2020, pag. 497.

²²⁵ RISICATO, op. cit.

La Corte di Cassazione ha più volte richiesto che tra queste due figure si instauri un rapporto critico-dialettico, in quanto quella del medico gerarchicamente inferiore non si può mai considerare una subordinazione talmente stretta da esonerarlo da responsabilità qualora si uniformi alle direttive del superiore, ma si rivela una *fictio iuris* un po' ingenua nel suo essere cieca di fronte alla realtà ospedaliera²²⁶: è difficile chiedere al medico di operare una sistematica sfiducia nei confronti del primario, la cui opinione è certamente da stimare non solo per la sua autorità, ma anche per la sua autorevolezza.

3.3 *Lo specializzando.*

Sempre più frequentemente si riscontrano, nella prassi giurisprudenziale, pronunce relative a casi in cui un evento infausto è ascrivibile alla condotta del medico specializzando. Si tratta di soggetti laureati in medicina e che stanno completando gli studi relativi allo specifico settore di scienza medica scelto. Non sono in reparto per mere ragioni formative, ma sono medici a tutti gli effetti, ai quali attribuire responsabilità di importanza sempre crescente.

La giurisprudenza ha, infatti, affermato che uno specializzando che espleti in prima persona una qualsiasi attività curativa assume anch'egli una posizione di garanzia nei confronti del paziente²²⁷. Quest'ultima sarà condivisa con il suo superiore gerarchico che, nelle sue vesti di *tutor*, prende il nome di "medico strutturato", proprio per distinguerlo da chi sta ancora completando il percorso di studi.

Fintantoché il medico specializzando si limiti ad assistere all'attività dei medici strutturati, senza in alcun modo intervenire, *nulla quaestio*: rimane completamente estraneo alle scelte terapeutiche effettuate dagli altri professionisti sanitari, non essendo chiamato a rispondere nemmeno in caso di esito infausto. Qualora, invece, ne prendesse parte attiva, da mero spettatore diventerebbe attore, condividendo la responsabilità con il medico strutturato che lo ha lasciato libero di

²²⁶ RISICATO, op. cit.

²²⁷ GIZZI, op. cit.

intervenire. Solo in questo caso, pertanto, verrebbe in essere la sua posizione di garanzia²²⁸.

Allo specializzando è, inoltre, espressamente richiesto di astenersi quando non si ritenga in grado di prendere una determinata decisione o di effettuare una determinata manovra, essendo altrimenti, in caso di esito infausto, rimproverabile a titolo di colpa per assunzione. Allo stesso modo, non è esente da responsabilità nel caso in cui prenda parte attiva nella gestione di un caso clinico nonostante le circostanze di fatto gli facciano ritenere – alla luce del patrimonio di conoscenze concretamente esigibili in virtù dello stadio in cui si trova la sua formazione – che le direttive ricevute siano inadeguate²²⁹.

Si afferma, pertanto, che il medico specializzando non è un mero esecutore di ordini, ma gode di una certa autonomia, seppur vincolata alle direttive ricevute e legata al momento dell'*iter* formativo in cui si trova. Egli può, quindi, esprimere il proprio dissenso in ordine a scelte terapeutiche effettuate dai medici in posizione gerarchica superiore, qualora gli appaiano palesemente incongrue alla luce delle sue conoscenze²³⁰.

Fondamentale è il ruolo del *tutor*, che ha un obbligo di controllo sull'operato dello specializzando, deve impartire precise istruzioni e verificare la loro attuazione. Nel caso le omettesse, sarebbe chiamato a rispondere a titolo di cooperazione colposa ex art. 113, mente allo specializzando si muoverebbe un rimprovero a titolo di colpa per assunzione²³¹. Il suo obbligo di controllo attenua certamente il legittimo affidamento che egli può riporre nei confronti dello specializzando, ma non può mai diventare tale da sminuire il valore formativo della pratica sul campo e da svuotare di significato i principi di divisione del lavoro e di graduale assunzione di responsabilità da parte del medico specializzando: è pertanto sempre necessaria una verifica, nel caso concreto, di tutte le circostanze fattuali.²³²

²²⁸ GIZZI, op. cit.

²²⁹ GIZZI, op. cit.

²³⁰ GIZZI, op. cit.

²³¹ FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*

²³² GIZZI, op. cit.

È opportuno citare una pronuncia della Corte di Cassazione che ha ampiamente affrontato, con particolare chiarezza ed esaustività, la questione della posizione dei medici specializzandi, riassumendo tutti i principi sopra illustrati. I giudici di legittimità affermano, pertanto, che «il medico specializzando non è presente nella struttura per la sola formazione professionale, la sua non è una mera presenza passiva né lo specializzando può essere considerato un mero esecutore d'ordini del tutore anche se non gode di piena autonomia; si tratta di un'autonomia che non può essere disconosciuta, trattandosi di persone che hanno conseguito la laurea in medicina e chirurgia e, pur tuttavia, essendo in corso la formazione specialistica, l'attività non può che essere caratterizzata da limitati margini di autonomia in un'attività svolta sotto le direttive del tutore. Ma tale autonomia, seppur vincolata, non può che ricondurre allo specializzando le attività da lui compiute; e se lo specializzando non è (o non si ritiene) in grado di compierle deve rifiutarne lo svolgimento perché diversamente se ne assume le responsabilità (cd. colpa per assunzione ravvisabile in chi cagiona un evento dannoso essendosi assunto un compito che non è in grado di svolgere secondo il livello di diligenza richiesto all'agente modello di riferimento). Pertanto sussiste la responsabilità professionale sia per i medici strutturati che per gli specializzandi²³³».

3.4 Il personale paramedico.

Una rilevante parte di contenzioso si occupa di vicende che coinvolgono sia medici che personale paramedico, più frequentemente infermieri e ostetriche. Nella maggior parte di queste pronunce si adottano criteri molto rigidi, che portano a riconoscere una responsabilità concorrente del medico e del personale ausiliario²³⁴.

Non sarebbe, infatti, consentito al medico delegare a un infermiere attività che sono di sua competenza, a meno che ciò non sia espressamente contemplato

²³³ Cass. Pen., Sez. IV, 17 gennaio 2012, n. 6981

²³⁴ GIZZI, op. cit.

dalla normativa generale o dalla disciplina di organizzazione interna dell'ospedale²³⁵.

Con le recenti riforme legislative, tuttavia, si è tentato di valorizzare le autonomie professionali degli infermieri e dell'altro personale paramedico, riconoscendo specifici ambiti di competenza di cui, pertanto, assumono la responsabilità. Quella dell'infermiere diventa, perciò, una professione non più meramente ancillare ed esecutrice degli ordini impartiti dal medico, ma con un proprio spazio di autonomia e di conseguente responsabilità²³⁶: ad esempio, è precipuo compito dell'infermiere controllare il decorso della convalescenza di un paziente e, se del caso, chiedere il tempestivo intervento di un medico. Non si opera una comparazione degli spazi valutativi e decisionali in capo alle due figure, ma si amplia e si valorizza l'autonomia concessa al personale paramedico²³⁷.

La prassi giurisprudenziale, tuttavia, è spesso ancor oggi restia a riconoscere una esclusiva responsabilità per esito infausto in capo al solo personale ausiliario, affermando che sussiste in capo al medico un obbligo di vigilanza sull'operato dell'infermiere, non potendo farvi legittimo affidamento. Se questa soluzione può apparire ragionevole quando il paramedico si trovi ad eseguire mansioni di competenza del medico, quindi svolgendo un ruolo meramente ancillare, lo stesso non può dirsi quando egli si trovi a operare nel proprio specifico campo di azione²³⁸: si verrebbe, altrimenti, a riconoscere una responsabilità oggettiva, da mera posizione, in quanto il medico sarebbe considerato automaticamente responsabile dell'operato del personale ausiliario, senza che giochino un ruolo decisivo le circostanze concrete in cui si è realizzato l'esito infausto²³⁹.

Si avverte, di recente, qualche timida inversione di tendenza, in innovative pronunce che riconoscono l'esclusiva responsabilità del paramedico. I giudici di legittimità hanno, infatti, affermato che il medico che aveva chiesto all'infermiere di chiamare un altro medico poteva fare legittimo affidamento sul fatto che l'ordine

²³⁵ RISICATO, op. cit.

²³⁶ GIZZI, op. cit.; FORTI, SEMINARA, ZUCCALÀ, *ibidem*; RISICATO, op. cit.

²³⁷ GIZZI, op. cit.

²³⁸ GIZZI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

²³⁹ GIZZI, op. cit.

venisse eseguito, «non essendo emerse particolari contingenze temporali o prassi che imponessero allo stesso di controllare l'esecuzione dell'ordine dato, escludendo così la sua responsabilità²⁴⁰».

Gli stessi principi si applicano non solo agli infermieri, ma anche ad altro personale paramedico, quali, ad esempio, le ostetriche, frequenti protagoniste di pronunce penali. In una recentissima sentenza, infatti, si è riconosciuta l'esclusiva responsabilità dell'ostetrica per lesioni personali nei confronti di un neonato, e non anche quella delle due ginecologhe, poiché la lesione era conseguenza di violazione di *leges artis* specifiche della professione ostetrica²⁴¹. Riporta, infatti, la Corte i comportamenti neglienti ascrivibili esclusivamente all'ostetrica: «a) il ritardo del parto; b) l'omessa interruzione della somministrazione dell'ossitocina; c) l'omesso allertamento del medico di turno». Si configura, pertanto, una colpa per omissione, «in considerazione della violazione delle regole cautelari finalizzate a scongiurare il pericolo poi concretamente realizzatosi. Si tratta, infatti, di condotte che univocamente rientrano nei compiti specifici dell'ostetrica. In linea con tali principi, la giurisprudenza ha più volte indicato i doveri delle ostetriche di avvisare il ginecologo dei segnali di sofferenza fetale evincibili dal peggioramento del tracciato cardiocografico».

4. Lo scioglimento anticipato dell'équipe.

Una parte non irrilevante di contenzioso si occupa di stabilire la responsabilità del chirurgo che si sia allontanato dalla sala operatoria prima della conclusione dell'intervento, in caso di errori commessi dai restanti componenti dell'équipe. La giurisprudenza è, infatti, propensa a riconoscere la sussistenza di un legittimo affidamento, da parte del medico allontanatosi, nei confronti dei suoi colleghi.

²⁴⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2000, n. 9638, in *Cass. Pen.*, 2/2002, pag. 574, con commento di CAVALLO.

²⁴¹ Cass. Pen., Sez. IV, 1° dicembre 2020, n. 14606

In questo ambito, ha fatto scuola una sentenza di pochi anni fa, poiché ha delineato con chiarezza un principio di diritto che è stato poi applicato in altre pronunce successive. La Corte di Cassazione ha, infatti, affermato che «l'anticipato scioglimento dell'*équipe* chirurgica per cause giustificate o dalla semplicità delle residue attività da compiere o dalla impellente necessità di uno dei componenti dell'*équipe* di prestare la propria opera professionale per la cura indilazionabile di altro o altri pazienti, o – a maggior ragione – per il concorso di entrambe le cause, ben può esonerare da responsabilità colposa il medico allontanatosi, che non era quindi presente nel momento in cui o è stata omessa la dovuta prestazione professionale (negligenza) o è stato eseguito un maldestro intervento (imperizia o imprudenza), che ha causato conseguenza dannose per il paziente²⁴²».

La Suprema Corte ha, pertanto, individuato due requisiti alternativi, ancorché cumulabili, che rendono legittimo l'allontanamento del sanitario dalla sala operatoria, permettendogli di porre legittimo affidamento sull'operato dei colleghi.

Il primo di questi requisiti consiste nella semplicità e nel carattere di *routine* delle residue attività da compiersi, quando, cioè, l'intervento sia avviato alla conclusione e sembri perfettamente riuscito. È, perciò, perfettamente condivisibile il ragionamento secondo cui il chirurgo che si allontani ben può fare affidamento sulla corretta esecuzione di questi compiti da parte dei colleghi. Deve, tuttavia, sussistere la mancanza di elementi che, nel caso concreto, rendano prevedibili altrui errori²⁴³.

Anche il secondo requisito appare assolutamente condivisibile. Esso consiste nella necessità, definita «impellente», di prestare la propria opera a beneficio di altri pazienti, *a fortiori* quando questa sorga nei momenti conclusivi dell'operazione, quando, cioè, residuino attività semplici e routinarie. L'allontanamento è giustificabile, tuttavia, solo qualora l'intervento non richieda che vengano compiute attività che, nella iniziale distribuzione dei compiti, gli erano state assegnate oppure, sebbene assegnate ad altri, richiedano la sua supervisione,

²⁴² Cass. Pen., Sez. IV, 6 aprile 2005, n. 22579, in *Cass. Pen.*, 2006, pag. 2838, con commento di CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'èquipe in tema di responsabilità medica*

²⁴³ GIZZI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

essendo altrimenti configurabile la sua concorrente responsabilità in caso di esito infausto.²⁴⁴

Prosegue, poi, la Corte affermando che «lo scioglimento dell'*équipe* operatoria in una fase in cui l'intervento può ritenersi, se non concluso, solo da definire con adempimenti della massima semplicità, quali la conta delle garze e dei ferri da rimuovere o già rimossi e, subito dopo, la sutura della ferita, a conclusione di un'operazione chirurgica perfettamente riuscita, ed essendo il medico che si allontana giustificato da altre più pressanti ed urgenti attività mediche, consente di escludere la colpa per negligenza, tenuto conto dell'assenza del medico nel momento in cui è stata omessa o male eseguita la verifica delle garze, e ben potendosi ritenere che le specifiche incombenze per le quali è stato chiamato il reparto siano più urgenti delle semplici fasi di completamento di un intervento fino a quella fase perfettamente riuscito». Si trattava, infatti, di un caso in cui era stata dimenticata una garza laparotomica²⁴⁵ nell'addome di una partoriente, a seguito di parto cesareo, cui erano seguiti diversi altri interventi chirurgici per porre rimedio alle complicazioni che ne erano derivate. Era stata pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, esclusa la responsabilità del medico che si era allontanato dalla sala operatoria per prestare la sua opera in un altro reparto, ove la sua presenza era assolutamente impellente.

²⁴⁴ GIZZI, op. cit.; RISICATO, op. cit.

²⁴⁵ Non è mancato chi, come RISICATO, op. cit., ha sottolineato, con una certa ironia, la conseguenza – definita «bizzarra» dall'autrice – del fatto che se una garza laparotomica viene dimenticata mentre il chirurgo è presente, allora costui è responsabile per non aver rilevato ed emendato un errore evidente e non settoriale; al contrario, se ciò avviene quando egli è assente, è allora esclusa la sua responsabilità, poiché il suo allontanamento era assolutamente giustificabile, data la natura semplice e routinaria della conta delle garze.

CAPITOLO V

LA SICUREZZA SUL LAVORO

SOMMARIO: 1. Art. 2 TUSL: i soggetti responsabili. – 2. Art. 16 TUSL: la delega di funzioni. – 2.1. Le diverse teorie. – 2.2. La disciplina di legge. – 2.3. L'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. – 3. I principi che guidano l'interprete nell'individuazione del responsabile. – 3.1. Art. 299 TUSL: il principio di effettività. – 3.2. Il criterio di competenza: le sfere di gestione del rischio. – 4. Concorso colposo del lavoratore.

1. Art. 2 TUSL: i soggetti responsabili.

Le Sezioni Unite Penali della Corte di Cassazione hanno definito «un lavoro in *équipe*²⁴⁶» quello della gestione della sicurezza nei luoghi di lavoro, in quanto vede una stretta cooperazione tra più soggetti, coinvolti a vario titolo, in ragione del loro ruolo all'interno dell'azienda e delle loro competenze. Queste figure, infatti, hanno diverse funzioni, si collocano su diversi livelli e hanno differenti responsabilità organizzative e gestionali.

Le tre principali figure su cui ricade la responsabilità della sicurezza nel luogo di lavoro sono il datore di lavoro, il dirigente e il preposto, ma ne sono poi state gradualmente introdotte altre – su impulso della legislazione europea – oggi definite all'art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2008, il Testo Unico sulla Sicurezza sul Lavoro (comunemente abbreviato in TUSL).

Il datore di lavoro – definito all'art. 2, co. 1, lett. b)²⁴⁷ – è il *dominus* di fatto dell'azienda e delle singole unità produttive. Egli è il titolare del rapporto di lavoro o, comunque, colui che organizza e gestisce l'andamento dell'azienda e ne ha la

²⁴⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 21 della motivazione

²⁴⁷ L'art. 2, co. 1, lett. b), definisce il datore di lavoro come «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa».

responsabilità, in quanto detiene ed esercita i poteri decisionali e di spesa²⁴⁸. Egli ha un precipuo obbligo di «attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, accertandosi che anche i dipendenti adottino misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa²⁴⁹». Su di lui grava, pertanto, pressoché qualsiasi responsabilità per ogni evento lesivo che si verifichi nello stabilimento – con le dovute precisazioni che seguiranno. Nulla vieta che sia individuabile, secondo i criteri sopra esposti, più di un datore di lavoro²⁵⁰: sarà allora necessario effettuare indagini accurate su quali siano i poteri effettivamente esercitati da questi soggetti, per evitare pronunce con ipotesi di responsabilità oggettiva occulta.

La figura del dirigente è definita all'art. 2, co 1, lett. d)²⁵¹. Costituisce il livello di responsabilità intermedio²⁵²: è il braccio destro del datore di lavoro. Il suo ruolo deve essere conformato in rapporto ai poteri gestionali di cui concretamente disponga. Egli attua le direttive del datore di lavoro e ne verifica il rispetto. Proprio per le sue specifiche sfere di competenza, è spesso ritenuto responsabile di eventi lesivi, a titolo di cooperazione colposa ex art. 113 nel caso in cui si riconosca che la sua responsabilità è condivisa con altri soggetti, ma vi sono casi in cui è stata riconosciuta la sua responsabilità esclusiva²⁵³.

Altra storica figura è quella del preposto, la cui definizione è contenuta nell'art. 2, co. 1, lett. e)²⁵⁴. Con le necessarie competenze, una volta attribuitigli i poteri appropriati, egli vigila sull'osservanza delle direttive aziendali, sull'utilizzo

²⁴⁸ DEIDDA, *I soggetti tenuti alla prevenzione e le posizioni di garanzia*, in Deidda, Gargani (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F., Paliero C.E., vol. 10, Giappichelli, Torino, 2012

²⁴⁹ GARGANI, *Le posizioni di garanzia*, in *Giur. It.*, 1/2016, pag. 214

²⁵⁰ Un esempio di questo tipo si rinviene nella vicenda ThyssenKrupp, dove era presente un amministratore delegato, certamente qualificabile come datore di lavoro, ma vi erano anche altri membri del consiglio di amministrazione che sono risultati direttamente coinvolti in prima persona in alcune importanti decisioni aziendali.

²⁵¹ Egli è la «persona che, in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa».

²⁵² Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 12 della motivazione

²⁵³ DEIDDA, op. cit.

²⁵⁴ È definito come colui che «in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa».

dei mezzi lavorativi e degli strumenti di protezione. Il suo è un ruolo attivo, in quanto, grazie alla sua presenza costante nel luogo di lavoro, governa le situazioni di rischio, allertando sia i lavoratori che i vertici dell'organizzazione²⁵⁵. Per questi motivi, anch'egli ha una certa sfera di responsabilità per eventi lesivi, commisurata alla natura e all'entità sia delle funzioni attribuitegli che dei poteri di cui è investito²⁵⁶.

In questo contesto, il lavoratore è il creditore di tutte le norme sulla sicurezza contenute nel Testo Unico, ma ha anche un obbligo di autotutela: è, in altre parole, garante di se stesso²⁵⁷. Egli deve, pertanto, curare le conseguenze che le sue azioni potrebbero avere sugli altri, *in primis* sugli altri lavoratori. Questi obblighi sono, tuttavia, legati al previo adempimento, da parte dei vertici aziendali, dei doveri di formare, istruire e fornire al lavoratore stesso gli strumenti adeguati per potervi ottemperare²⁵⁸. Si è, infatti, osservato che legislatore e giurisprudenza hanno, nel corso del tempo, sostituito il modello iperprotettivo nei confronti del lavoratore con un modello improntato alla collaborazione, nella consapevolezza che la sua responsabilizzazione non deve mai costituire un onere gravoso, ma che è svolta sempre e solo in suo favore²⁵⁹.

Altro importante soggetto è il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, ovvero colui che – in base all'art. 2, co. 1, lett. l) – gestisce l'insieme «delle persone, sistemi e mezzi esterni o interni all'azienda finalizzati all'attività di prevenzione e protezione dai rischi professionali per i lavoratori». La sua nomina è compito indelegabile del datore di lavoro, poiché si deve trattare di un soggetto con competenze tecniche e scientifiche specialistiche²⁶⁰. Si è a lungo discusso sulla configurabilità di responsabilità penale a suo carico per eventi lesivi²⁶¹: la sua opera è di cooperazione e di consulenza tecnica, non sono previsti dalla legge obblighi cautelari penalmente sanzionati ed è privo di autonomi poteri gestori²⁶². La

²⁵⁵ DEIDDA, op. cit.

²⁵⁶ Cfr. Cap. V, § 3.2

²⁵⁷ BLAIOTTA, op. cit.

²⁵⁸ DEIDDA, op. cit.

²⁵⁹ BLAIOTTA, op. cit.

²⁶⁰ DEIDDA, op. cit.

²⁶¹ GARGANI, *Le posizioni di garanzia*, op. cit.

²⁶² BLAIOTTA, op. cit.

giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, di recente affermato che è assolutamente configurabile la sua responsabilità penale, poiché il suo parere professionale è idoneo a provocare decisioni, in chi ha il potere di prenderle, che possono avere concrete ricadute sui lavoratori. Afferma la Corte che il suo ruolo è «parte inscindibile di una procedura complessa che sfocia nelle scelte operative sulla sicurezza compiute dal datore di lavoro. La loro attività può ben rilevare ai fini della spiegazione causale dell'evento illecito²⁶³».

Una figura che ha assunto sempre maggiore importanza è quella del medico competente²⁶⁴, erede – con diversi miglioramenti e modifiche legislative – del vecchio “medico di fabbrica”. Egli, infatti, collabora alla redazione del documento di valutazione dei rischi, per gli ambiti che gli concernono, e cura la salute e l'integrità psico-fisica dei lavoratori, rendendosi disponibile ad effettuare visite anche su loro richiesta²⁶⁵. Non si tratta di un ruolo meramente passivo, ma deve essere connotato da attività propositive: quando coopera attivamente con il datore di lavoro nelle sue decisioni, è anch'egli penalmente responsabile, ex art. 113 c.p., per eventi lesivi che siano eziologicamente connessi alle sue attività²⁶⁶.

Merita infine un cenno il responsabile dei lavoratori per la sicurezza²⁶⁷, l'anello di congiunzione tra i lavoratori stessi e i vertici direttivi. Si tratta di un lavoratore che viene eletto dai suoi colleghi e che riceve una formazione *ad hoc*, in quanto è chiamato a svolgere un ruolo di consulente: porta all'attenzione del datore di lavoro tutti i problemi di cui solo un lavoratore può accorgersi. Per questi motivi, non è destinatario di obblighi sanzionati – mentre sono previste sanzioni per il datore di lavoro e il dirigente che non lo consultano ove ciò sia previsto dalla legge²⁶⁸.

²⁶³ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 28 della motivazione

²⁶⁴ L'art. 2, co. 1, lett. h), lo definisce come il medico «che collabora [...] con il datore di lavoro ai fini della valutazione dei rischi ed è nominato dallo stesso per effettuare la sorveglianza sanitaria e per tutti gli altri compiti» contenuti nel TUSL.

²⁶⁵ DEIDDA, op. cit.

²⁶⁶ BLAIOTTA, op. cit.

²⁶⁷ La sua definizione è contenuta all'art. 2, co. 1, lett. i): «persona eletta o designata per rappresentare i lavoratori per quanto concerne gli aspetti della salute e della sicurezza durante il lavoro».

²⁶⁸ BLAIOTTA, op. cit.

2. Art. 16 TUSL: la delega di funzioni.

Quello della delega di funzioni è un istituto che ha assunto particolare rilevanza nella gestione della sicurezza sui luoghi di lavoro. Si tratta di uno strumento tramite il quale il datore di lavoro trasla i propri poteri tipici in capo a un altro soggetto, da lui individuato, che abbia le competenze tecniche e professionali necessarie per assolvere a questi compiti. A determinate condizioni di validità, la delega di funzioni libera il garante originario dei poteri ma anche e soprattutto delle responsabilità *ex lege* connesse al proprio ruolo: si determina così quella che viene da molti definita come una riscrittura della mappa dei poteri e delle responsabilità²⁶⁹. La delega comporta comunque doveri di sorveglianza sull'operato del delegato da parte del datore di lavoro delegante: si tratterà, tuttavia, non di un controllo puntuale, ma di una vigilanza "alta", il cui concetto si avrà modo di chiarire meglio più avanti. Il delegato acquisisce i poteri necessari e le relative responsabilità a titolo derivativo, poiché la delega è un atto di natura negoziale²⁷⁰.

La disciplina attuale è contenuta nell'art. 16 TUSL, che ne definisce requisiti e conseguenze, ma già da lungo tempo la giurisprudenza ne ammetteva l'utilizzo: i giudici di legittimità, infatti, non erano ciechi di fronte alle istanze dei datori di lavoro, che sentivano sulle spalle il peso di responsabilità penale spesso oggettiva da mera posizione, utilizzando comunque una certa cautela per evitare che le responsabilità gravassero su capri espiatori designati *ex ante*²⁷¹. Un primo timido recepimento legislativo si ebbe all'art. 1, co. 4 *ter* del d.lgs. 626 del 1994, introdotto nel 1996, ove ci si limitò a definire le attività assolutamente indelegabili, con ciò ammettendo implicitamente l'ammissibilità della delega in sé. Il legislatore dimostrò, poi, maggiore sensibilità nel 2008, con la redazione del Testo Unico, ove

²⁶⁹ BLAIOTTA, op. cit.; DOLCINI, MARINUCCI, op. cit., art. 43. L'espressione si rinviene anche nelle parole dei giudici di legittimità: Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 15 della motivazione

²⁷⁰ BLAIOTTA, op. cit.; SCARCELLA, *La delega di funzioni*, in Deidda, Gargani (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F., Paliero C.E., vol. 10, Giappichelli, Torino, 2012

²⁷¹ SCARCELLA, op. cit.

recepì le esigenze di razionalizzazione delle organizzazioni complesse e di gestione cooperativa delle complessità legate alla materia²⁷².

2.1 Le diverse teorie.

L'ampio utilizzo di questo importante strumento nella prassi e il suo tardivo recepimento da parte del legislatore hanno suscitato, in dottrina e in giurisprudenza, dibattiti in ordine alla sua natura e al suo funzionamento. Si riportano qui, di seguito, brevi cenni alle diverse teorie.

La teoria formale, che oggi si può considerare superata, afferma che il ruolo del datore di lavoro, essendo regolato dalla legge, è assolutamente inderogabile. Per questo motivo, anche una delega di funzioni formalmente valida non estinguerebbe in alcun modo la posizione di garanzia del garante originario e, in conseguenza di ciò, il delegato non assumerebbe la veste di nuovo e aggiunto garante. In quest'ottica, la delega di funzioni diventa semplicemente uno strumento per avvalersi di collaboratori, e nulla più. Permane sempre sul datore di lavoro l'obbligo di vigilare sul loro corretto adempimento e, nel caso di errori da parte di costoro, risponderanno entrambi, ex art. 113 c.p. La *ratio* di questa impostazione risiede senza dubbio nell'idea di non svuotare completamente di significato il ruolo che il datore di lavoro assume davanti alla legge, ma presta il fianco a due principali critiche: innanzitutto, non considera la pienezza e autonomia di poteri conferiti al delegato e, in secondo luogo, risulta oggi essere in aperto contrasto con il dato testuale dell'art. 16 TUSL, in cui si afferma espressamente che il ruolo di garante viene traslato sul delegato²⁷³.

La teoria funzionale, al contrario, afferma che, in presenza di una valida delega, la posizione di garanzia del datore di lavoro si estingue completamente e non permane nemmeno un residuo obbligo di vigilanza nei confronti del delegato, che assume, pertanto, su di sé tutti i doveri che ne derivano, in esclusiva. Anche in questo caso non vi è pieno rispetto della lettera dell'art. 16, che afferma

²⁷² BLAIOTTA, op. cit.

²⁷³ BLAIOTTA, op. cit.

esplicitamente in capo al delegante un obbligo di vigilanza; in secondo luogo, la cesura tra i due ruoli, di garante originario e di delegato diventa troppo rigida e innaturale²⁷⁴.

Di recente è, infine, emerso un approccio eclettico, che tenta di mediare tra le due rigide impostazioni. La delega di funzioni, secondo questi commentatori, comporta un radicale ridimensionamento del ruolo del datore di lavoro, che deve selezionare adeguatamente un soggetto idoneo, provvisto di competenze tecniche e professionali, e deve effettuare un opportuno controllo sul suo operato, che sia parametrato alle caratteristiche dell'impresa, della delega stessa e del rischio trasferito sul delegato, che assume pertanto le vesti di garante a tutti gli effetti²⁷⁵.

2.2 La disciplina di legge.

La disciplina della delega di funzioni è contenuta nell'art. 16 TUSL, dal quale si evince che la linea dottrinale recepita è quella di un approccio eclettico. Si afferma, pertanto, che il datore di lavoro ha il pieno diritto di trasferire ad altri i poteri di gestione dell'azienda, del suo controllo e i poteri di spesa, per qualsiasi motivo, senza che siano necessari i requisiti – talvolta ventilati dalla giurisprudenza – delle grandi dimensioni dell'attività e della sua natura organizzativa complessa²⁷⁶.

L'art. 17 contiene poi un esplicito divieto di delegare la valutazione dei rischi, con la redazione del relativo documento, e la nomina del Responsabile del servizio di prevenzione e protezione. Al di fuori di queste due ipotesi, qualsiasi altra attività deve considerarsi delegabile da parte del datore di lavoro²⁷⁷.

È ammessa la subdelega, solamente di primo livello, purché vi sia l'esplicita approvazione da parte del datore di lavoro²⁷⁸. Al contrario, non è in alcun modo concesso che anche altri soggetti possano delegare, come, ad esempio, il dirigente:

²⁷⁴ BLAIOTTA, op. cit.

²⁷⁵ BLAIOTTA, op. cit.

²⁷⁶ Il progetto di riforma del codice penale, presentato dalla Commissione Grosso, prevedeva già una generale delega di funzioni slegata dalle dimensioni dell'azienda, nell'idea che individuare un soggetto competente, e quindi capace, sia un guadagno per la situazione dei lavoratori.

²⁷⁷ SCARCELLA, op. cit.

²⁷⁸ SCARCELLA, op. cit.

innanzitutto, se ciò fosse possibile, vi sarebbe il forte rischio di una dispersione della gerarchia e di una incontrollata traslazione dei ruoli e dei relativi oneri, a discapito della sicurezza dei lavoratori; in secondo luogo, *quod Lex voluit, dixit*, pertanto se il legislatore avesse ritenuto di ammetterlo, ne avrebbe certamente dettato la disciplina²⁷⁹.

Per quanto riguarda i requisiti di validità, il primo di questi è il fatto che la delega deve essere conferita in forma scritta recante data certa²⁸⁰, e altrettanto deve dirsi per la sua accettazione da parte del delegato²⁸¹. Si ritiene, infatti, che la forma scritta sia un essenziale requisito di validità, e che non sia stabilita solamente *ad probationem*²⁸². La *ratio* di questa disposizione risiede certamente nella necessità di poter determinare con esattezza la redistribuzione dei ruoli e delle responsabilità e che, in secondo luogo, sia facilmente conoscibile da tutti gli interessati, *in primis* i lavoratori stessi. Per questo motivo, deve adeguatamente e tempestivamente essere pubblicizzata sui canali idonei²⁸³.

La delega deve poi essere conferita a un individuo dotato della professionalità ed esperienza necessarie per assolvere alle specifiche mansioni delegate²⁸⁴: si vuole, innanzitutto, evitare che la gestione di un aspetto così delicato, come la sicurezza dei lavoratori, venga affidato a persona incompetente e, in secondo luogo, non si può ammettere che il datore di lavoro nomini una testa di cuoio, il cui ruolo sia unicamente quello di capro espiatorio per eventi lesivi. Se non è rispettato questo requisito, il datore di lavoro delegante è certamente ritenuto responsabile per *culpa in eligendo*, in caso di eventi lesivi²⁸⁵.

La delega deve attribuire tutti i poteri di organizzazione, gestione e di controllo²⁸⁶ e deve inoltre conferire un *budget* di spesa adeguato²⁸⁷, in relazione alle specifiche competenze che sono state delegate: diventa qui evidente la stretta

²⁷⁹ BLAIOTTA, op. cit.; DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*; SCARCELLA, op. cit.

²⁸⁰ Art. 16, co. 1, lett. a) TUSL

²⁸¹ Art. 16, co. 1, lett. e) TUSL

²⁸² BLAIOTTA, op. cit.

²⁸³ Art. 16, co. 2 TUSL

²⁸⁴ Art. 16, co. 1, lett. b) TUSL

²⁸⁵ DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*; SCARCELLA, op. cit.

²⁸⁶ Art. 16, co. 1, lett. c) TUSL

²⁸⁷ Art. 16, co. 1, lett. d) TUSL

correlazione e la reciproca connessione tra poteri e doveri, che devono essere adeguati per la gestione delle mansioni specificamente attribuite al delegato. Proprio questo aspetto è ciò che distingue una delega vera e propria da saltuari incarichi di collaborazione o di mera esecuzione²⁸⁸: si tratta, infatti, di un'estrinsecazione del principio di effettività, che si avrà modo di approfondire tra breve. Di recente, le Sezioni Unite penali hanno avuto modo di affrontare il tema, affermando che «non vi è effetto liberatorio senza attribuzione reale di poteri di organizzazione, gestione, controllo e spesa pertinenti all'ambito delegato. In breve, la delega ha senso se il delegante (perché non sa, perché non può, perché non vuole agire personalmente) trasferisce incombenze proprie ad altri, cui attribuisce effettivamente i pertinenti poteri²⁸⁹». Prosegue poi la Corte, affermando che «è invero principio basilare, consolidato nella prassi e da ultimo recepito nella disciplina di sistema, che la delega, per produrre l'effetto liberatorio che la caratterizza, deve trasferire insieme ai doveri tutti i poteri necessari all'efficiente governo del rischio. Il trasferimento può avere ad oggetto un ambito definito e non l'intera gestione aziendale, ma in tale circoscritto territorio il ruolo del soggetto delegato deve essere caratterizzato da pienezza di poteri, in primo luogo quelli di spesa. Il trasferimento dei poteri, inoltre, deve essere effettivo e non meramente cartolare²⁹⁰». La necessità che al delegato siano attribuiti pieni ed effettivi poteri deve necessariamente portare a escludere la validità di una delega che attribuisca un *budget* limitato o in cui si preveda che costui debba chiedere l'approvazione del delegante prima di prendere certi tipi di decisioni²⁹¹.

Postulato necessario di quanto appena esposto è il principio di non ingerenza, secondo il quale non può invocare a sua discolpa la delega il datore di lavoro che si sia ingerito nella gestione di un aspetto che è stato attribuito al delegato, sostituendosi o addirittura ostacolando il suo operato²⁹². In alte parole,

²⁸⁸ BLAIOTTA, op. cit.

²⁸⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, *ibidem*

²⁹⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 17 della motivazione

²⁹¹ BLAIOTTA, op. cit.; SCARCELLA, op. cit.

²⁹² DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*; SCARCELLA, op. cit.

l'ingerenza caduca l'effetto traslativo. La sostituzione è, al contrario, doverosa, da parte del datore di lavoro, quando il delegato sia manchevole nelle sue mansioni²⁹³.

La delega di funzioni può anche attribuire solamente una parte dei compiti del datore di lavoro. Qualora vi siano eventi impreveduti che eccedono quelli attribuiti al delegato, non si può ritenere che la delega copra la loro gestione: sarà allora compito del garante delegato avvertire immediatamente il datore di lavoro, che amplierà la portata della delega stessa o interverrà personalmente.²⁹⁴

Nel caso in cui la delega sia invalida, per requisiti formali o sostanziali, non si possono considerare liberati né il delegante né il delegato. Quest'ultimo sarà esente da responsabilità solamente ove le condotte lesive siano generate da difetti della delega a lui non imputabili²⁹⁵. In questi casi, pertanto, risulta necessario fare ricorso al principio di effettività, di cui si dirà più avanti. Si tratta, infatti, di situazioni molto complesse, in cui sono individuabili due garanti di alto profilo: l'unica via per individuare il vero responsabile di un evento lesivo è quella di considerare il ruolo assunto in concreto da entrambi i soggetti²⁹⁶.

Anche una delega valida, tuttavia, non comporta una completa cesura tra le due figure, che devono sempre instaurare una relazione dialettica, sia nei casi di deleghe parziali, sia ove venga conferita una delega piena. Non bisogna dimenticare, infatti, che compito indelegabile del datore di lavoro è la valutazione dei rischi e la redazione del relativo documento, adempimento che rende assolutamente necessario un costante dialogo con il garante delegato²⁹⁷.

2.3 L'obbligo di vigilanza del datore di lavoro.

L'art. 16 TUSL, oltre a disciplinare la delega di funzioni e i suoi requisiti, stabilisce anche che «la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo

²⁹³ BLAIOTTA, op. cit.; DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*

²⁹⁴ BLAIOTTA, op. cit.

²⁹⁵ BLAIOTTA, op. cit.; SCARCELLA, op. cit.

²⁹⁶ BLAIOTTA, op. cit.

²⁹⁷ SCARCELLA, op. cit.

al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite²⁹⁸».

Si tratta, infatti, di un obbligo non delegabile, che ricade sul datore di lavoro, e che serve a garantire coerenza di azione e interazione tra i garanti. Saranno, pertanto, configurabili profili di responsabilità, a titolo di *culpa in vigilando*, nei confronti del garante originario che non abbia adeguatamente vigilato sugli adempimenti del delegato, ove ciò sia eziologicamente connesso a un eventuale evento lesivo²⁹⁹.

Il dato testuale della norma è chiaro nell'affermare che non si deve trattare di una puntuale critica delle singole scelte effettuate dal delegato, in quanto il datore di lavoro non deve diventare un meccanismo di seconda istanza, ma si tratta di una vigilanza definita più volte dalla giurisprudenza come “alta³⁰⁰”: il datore di lavoro delegante non deve entrare nel merito delle singole scelte, ma deve vigilare sul complessivo operato, valutando se vi è stato un generale adempimento del debito di protezione e sicurezza affidato al delegato³⁰¹. Si è, infatti, correttamente osservato che se si volesse imporre sul datore di lavoro un dovere di controllo costante e puntuale, su ogni singolo atto del delegato, ciò provocherebbe innanzitutto un *vulnus* al principio di non ingerenza e, in secondo luogo, si costringerebbe il datore di lavoro a esercitare gli obblighi relativi alla sfera di responsabilità di cui voleva, chiaramente, liberarsi attraverso il conferimento di una delega di funzioni³⁰².

Il terzo comma dell'art. 16 TUSL afferma, inoltre, che l'obbligo di vigilanza da parte del datore di lavoro «si intende assolto in caso di adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4». La norma introduce una presunzione – relativa – in relazione al dovere di vigilanza da parte del datore di lavoro, agevolandolo sul piano probatorio, ove si provi

²⁹⁸ Art. 16 TUSL, co. 3

²⁹⁹ SCARCELLA, op. cit.

³⁰⁰ *Ex multis* Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, § 15 della motivazione

³⁰¹ BLAIOTTA, op. cit.; DOLCINI, MARINUCCI, *ibidem*; SCARCELLA, op. cit.

³⁰² BLAIOTTA, op. cit.

l'esistenza e l'efficienza di questo organismo istituzionale finalizzato alla gestione del rischio lavorativo³⁰³.

3. I principi guida nell'individuazione del responsabile.

Una volta analizzate le figure coinvolte nella gestione della sicurezza nei luoghi di lavoro e dopo aver compreso il meccanismo di funzionamento della delega di funzioni, l'interprete ha ancora a disposizione due importanti principi per individuare il vero responsabile di un evento lesivo. Il giudice si trova spesso, infatti, di fronte a situazioni complesse in cui, soprattutto all'interno di grandi realtà aziendali, vi è il coinvolgimento integrato di più soggetti nella gestione della sicurezza per i lavoratori. I ruoli dei garanti non sono così nettamente divisi, ma questi soggetti devono – *rectius*, dovrebbero – instaurare un dialogo costruttivo per garantire sempre il massimo di sicurezza esigibile³⁰⁴. Si crea, pertanto, un sovrapporsi di aree di competenza, determinando così situazioni complesse in cui risulta spesso arduo individuare con certezza il vero responsabile di un evento lesivo. L'accertamento della colpa, infatti, deve essere svolto con la massima prudenza, nel pieno rispetto del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale.

3.1 Art. 299 TUSL: il principio di effettività.

Il primo principio che guida l'interprete nell'individuazione del responsabile è il principio di effettività, contenuto nell'art. 299 TUSL, ove si afferma che «le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e)³⁰⁵, gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti».

³⁰³ BLAIOTTA, op. cit.

³⁰⁴ BLAIOTTA, op. cit.

³⁰⁵ Ovvero il datore di lavoro, il dirigente e il preposto.

L'enunciato dell'articolo rende chiara la circostanza per cui non è la sola legge ad investire determinati soggetti di posizioni di garanzia e ad attribuire loro obblighi, ma assume fondamentale importanza lo svolgimento in concreto di questi ruoli. Per questo motivo, anche colui che, nella situazione di fatto, eserciti i poteri specifici del datore di lavoro, dirigente o preposto sarà considerato gravato dalle relative posizioni di garanzia, pur se sprovvisto di formale investitura³⁰⁶.

Si tratta, peraltro, di un recepimento legislativo che non muta il valore che la giurisprudenza ha da sempre attribuito al principio in esame, avendo più volte affermato che «in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, in base al principio di effettività, assume la posizione di garante colui il quale di fatto si accolla e svolge i poteri del datore di lavoro, del dirigente o del preposto³⁰⁷». Il principio aveva, peraltro, già da tempo trovato pieno riconoscimento anche in una sentenza pronunciata dalle Sezioni Unite³⁰⁸.

Il testo dell'art. 299 non chiarisce, tuttavia, a quali condizioni l'esercizio di fatto dei poteri del datore di lavoro, dirigente o preposto possa dar vita a una posizione di garanzia³⁰⁹. La dottrina³¹⁰ è concorde nel ritenere che non qualunque saltuario esercizio del ruolo possa determinare l'assunzione di questa veste giuridica, dovendosi al contrario trattare di comportamenti radicati nella struttura organizzativa aziendale. Per questo motivo, la giurisprudenza ha riconosciuto l'operatività del principio in esame solamente a fronte di comportamenti ricorrenti, costanti e specifici, ritenendo che non assumono valore meri comportamenti saltuari e non radicati nella gerarchia aziendale. Risulta opportuno sottolineare che la responsabilità di un eventuale evento lesivo sarà condivisa sia dal titolare dei poteri specifici collegati alla posizione di garanzia di cui è rivestito *ex lege*, sia colui che abbia esercitato, *de facto*, questi poteri tipici³¹¹.

³⁰⁶ DEIDDA, op. cit.

³⁰⁷ Tra le pronunce più recenti, si vedano Cass. Pen., Sez. IV, 20 febbraio 2019, n. 22079; Cass. Pen., Sez. IV, 4 aprile 2017, n. 22606; Cass. Pen., Sez. IV, 10 ottobre 2017, n. 50037; Cass. Pen., Sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 22246.

³⁰⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 1° luglio 1992, n. 9874

³⁰⁹ MICHELETTI, op. cit.

³¹⁰ BLAIOTTA, op. cit.; DEIDDA, op. cit.

³¹¹ SOPRANI, Art. 299 TUSL: *effettività a tutti i costi*, in *Ig. Sic. Lav.*, 1/2017, pag. 9

Parte dei commentatori³¹², infine, osservano come detto principio operi soprattutto in relazione ai ruoli di datore di lavoro e dirigente, mentre assume una connotazione diversa in rapporto al ruolo di preposto, ove rileva maggiormente la connessione tra il ruolo concretamente assunto e lo specifico rischio che si trova a gestire³¹³, trattandosi di figura che opera sul campo, sostanzialmente priva di poteri decisori.

3.2 Il criterio di competenza: le sfere di gestione del rischio.

Un altro importante principio a disposizione del giudice è il criterio della competenza, che consiste nell'individuazione di distinte sfere di responsabilità nelle attività complesse. Non trova uno specifico riconoscimento legislativo, ma è strettamente legato all'idea che si possano delineare, in capo ai soggetti, sfere di signoria su uno specifico rischio, in modo tale da escludere il coinvolgimento di terzi³¹⁴. Si tratta, infatti, di una particolare modalità di gestione del rischio lavorativo, che è categorialmente unico, ma per il quale si possono configurare distinte sfere di responsabilità gestionale. La competenza, pertanto, è connessa allo specifico rischio di cui è espressione l'evento dannoso³¹⁵. In quest'ottica, perciò, il riparto delle competenze circoscrive l'ambito dei rischi gestiti e i relativi ruoli, rendendo così possibile delimitare la responsabilità in capo ad alcuni soggetti e permettendo, inoltre, una più semplice individuazione del soggetto responsabile di un evento lesivo.

Il criterio di competenza consente una preliminare determinazione del soggetto che poteva e, pertanto, doveva evitare l'evento collegato allo specifico rischio di cui è garante. Alcuni commentatori hanno, inoltre, affermato che questo criterio della doverosa dominabilità di un fattore di rischio risponde al principio di

³¹² *Ex multis* BLAIOTTA, op. cit.

³¹³ Cfr. § successivo

³¹⁴ BLAIOTTA, op. cit.

³¹⁵ GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, op. cit.

personalità della responsabilità penale, nel pieno rispetto del dettato costituzionale³¹⁶.

Si tratta, pertanto, di un criterio particolarmente utile all'interprete, poiché individuare una sfera di responsabilità gestoria che governa in modo esclusivo un rischio o una sua particolare articolazione permette di definire parallelamente la possibile sfera di responsabilità penale a titolo di colpa.

Il tema è stato anche affrontato, di recente, dalle Sezioni Unite³¹⁷. La Corte afferma, infatti, che «soprattutto in realtà complesse [...] nell'ambito dello stesso organismo può riscontrarsi la presenza di molteplici figure di garanti. Tale complessità suggerisce che l'individuazione della responsabilità penale passa non di rado attraverso una accurata analisi delle diverse sfere di competenza gestionale ed organizzativa all'interno di ciascuna istituzione. Dunque, rilevano da un lato le categorie giuridiche, i modelli di agente, dall'altro i concreti ruoli esercitati da ciascuno. Si tratta, in breve, di una ricognizione essenziale per un'imputazione che voglia essere personalizzata, in conformità ai sommi principi che governano l'ordinamento penale; per evitare l'indiscriminata, quasi automatica attribuzione dell'illecito a diversi soggetti». I giudici di legittima risultano, nel caso specifico, molto attenti a «limitare, separare le sfere di responsabilità, in modo che il diritto penale possa realizzare la sua vocazione ad esprimere un ben ponderato giudizio sulla paternità dell'evento illecito».

Nella sentenza ThyssenKrupp, inoltre, la Corte non distingue tra colpa commissiva ed omissiva, affermando che si tratta di un problema superato e attribuendogli, pertanto, carattere di sussidiarietà³¹⁸. Nel ragionamento dei giudici, infatti, il soggetto garante ex art. 40 cpv c.p. è il soggetto che gestisce il rischio, rendendo pertanto sostanzialmente inutile, ai fini dell'imputazione, distinguere tra causalità commissiva od omissiva. «Il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza la centralità dell'idea di rischio: tutto il sistema è conformato per governare l'immane rischio, gli indicibili pericoli, connessi al fatto

³¹⁶ BLAIOTTA, op. cit.

³¹⁷ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38342, Espenhahn, *passim*

³¹⁸ BLAIOTTA, op. cit.; GARGANI, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, op. cit.

che l'uomo si fa ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli. Il rischio è categorialmente unico ma, naturalmente, si declina concretamente in diverse guise in relazione alle differenti situazioni lavorative. Dunque, esistono diverse aree di rischio e, parallelamente, distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamate a governare. Soprattutto nei contesti lavorativi più complessi, si è frequentemente in presenza di differenziate figure di soggetti investiti di ruoli gestionali autonomi a diversi livelli degli apparati; ed anche con riguardo alle diverse manifestazioni del rischio. Ciò suggerisce che in molti casi occorre configurare già sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità gestionale, separando le une dalle altre. Esse conformano e limitano l'imputazione penale dell'evento al soggetto che viene ritenuto "gestore" del rischio. Allora, si può dire in breve, garante è il soggetto che gestisce il rischio».

Alla luce di quanto appena chiarito, il criterio della competenza appare utile appiglio, per l'interprete, per la corretta individuazione del soggetto responsabile: occorre in primo luogo individuare con precisione l'esatta *species* del *genus* rischio lavorativo e, in secondo luogo, dovrebbe risultare più agevole capire chi sia il garante per quello specifico rischio³¹⁹.

Sul tema è di recente tornata a pronunciarsi la Suprema Corte, fornendo preziose indicazioni di massima sulla divisione delle sfere di competenza tra datore di lavoro, dirigente e preposto, affermando che «ai fini dell'individuazione del garante nelle strutture aziendali complesse, occorre fare riferimento al soggetto espressamente deputato alla gestione del rischio essendo, comunque, generalmente riconducibile alla sfera di responsabilità del preposto l'infortunio occasionato dalla concreta esecuzione della prestazione lavorativa; a quella del dirigente il sinistro riconducibile al dettaglio dell'organizzazione dell'attività lavorativa e a quella del datore di lavoro, invece, l'incidente derivante da scelte gestionali di fondo³²⁰».

³¹⁹ BLAIOTTA, op. cit.

³²⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 1° agosto 2016, n. 33630

4. Concorso colposo del lavoratore.

Accade sovente, nella prassi, che la condotta del garante si ponga in relazione con quella della vittima che spesso commette errori, si rende colpevole di trascuratezze e di imprudenze. La dottrina e la giurisprudenza hanno, pertanto, iniziato a chiedersi quale rilievo si debba dare alla condotta colposa del lavoratore.

La giurisprudenza ottocentesca appare molto indulgente nei confronti dei datori di lavoro, escludendo la loro concorrente responsabilità anche in casi in cui si erano solamente limitati ad avvertire i lavoratori dei rischi o altri in cui l'operaio era stato riconosciuto come dotato di un'esperienza tale da poter cogliere segnali di pericolo, senza necessità di protezioni. È solamente nel corso del Novecento che emerge l'idea che il lavoratore debba essere protetto dalle sue stesse imprudenze³²¹. Si inizia, pertanto, ad escludere la colpa concorrente dell'infortunato.

La giurisprudenza adotta, quindi, un atteggiamento protettivo nei confronti del lavoratore soggetto debole, affermando che una sua condotta inosservante delle regole cautelari o delle direttive ricevute dai vertici aziendali ma che non risulti abnorme non possa escludere la responsabilità del datore di lavoro. Parte di dottrina ha allora osservato che, nei casi di condotta trascurata del lavoratore che sia talmente macroscopica e ingiustificata, riconoscere la concorrente responsabilità del datore di lavoro o di altro garante potrebbe comportare ipotesi di responsabilità oggettiva occulta, da mera posizione³²².

Si è inoltre osservato come la normativa attuale sia improntata a una base collaborativa: il lavoratore è, infatti, il garante di se stesso³²³, in base al principio di autoresponsabilità del lavoratore. La dottrina afferma, pertanto, che il datore di lavoro dovrebbe poter legittimamente fare affidamento sul fatto che i lavoratori adempiano correttamente e diligentemente ai propri compiti quand'egli abbia assolto a tutti i propri doveri di formazione, informazione e sicurezza³²⁴. Chiaramente, si deve trattare di svolgimento di mansioni compatibili con

³²¹ BLAIOTTA, op. cit.

³²² BLAIOTTA, op. cit.

³²³ Cfr. Cap. V, § 1

³²⁴ BLAIOTTA, op. cit.

l'addestramento, la formazione e l'informazione fornita ai lavoratori. Nella prassi, tuttavia, ben di rado si assiste a pronunce che escludono la concorrente responsabilità del datore di lavoro, anche ove ne ricorrano i presupposti appena illustrati.

Alcuni commentatori hanno, poi, sottolineato che l'evento lesivo deve essere espressione della condizione di vulnerabilità per prevenire la quale è stata prevista una regola cautelare, e non sintomo di una condizione di pericolo creata dal danneggiato stesso: se così non fosse, da un atteggiamento solidaristico si passerebbe a uno paternalistico³²⁵. Questi commentatori affermano, infatti, che un'azione volontaria, commessa da una persona libera, informata e capace di intendere e volere non può in alcun modo fondare una responsabilità altrui. Ciò può accadere – quando il garante abbia preventivamente posto i lavoratori nella condizione di assolvere in sicurezza alle proprie mansioni – ove la vittima inneschi un rischio abnorme³²⁶, che sia avulso dall'obbligo lavorativo, quando compia azioni che siano meramente espressione di ricerca di una soddisfazione personale o anche quando contravvenga deliberatamente a un divieto o una direttiva³²⁷.

Sulla questione si sono anche espresse le Sezioni Unite³²⁸. I giudici di legittimità, nell'ottica della teoria del rischio e delle sfere di responsabilità³²⁹, hanno infatti affermato che, per poter escludere la responsabilità del garante per evento lesivo causato dal lavoratore, il suo comportamento deve essere qualificabile come «eccezionale», ovvero eccentrico rispetto allo specifico rischio lavorativo. Solo ove il comportamento del lavoratore sia tale da sfuggire alla sfera di governabilità tipica del suo garante si potrà allora ragionevolmente escludere la responsabilità del datore di lavoro, evitando così ipotesi di responsabilità oggettiva occulta, da mera posizione.

³²⁵ *Ex plurimis* BLAIOTTA, op. cit.; MICHELETTI, op. cit.

³²⁶ Cass. Pen., Sez. IV, 9 novembre 2015, n. 44811: «deve considerarsi abnorme il comportamento che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte delle persone preposte all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro». Si veda anche DEIDDA, op. cit.

³²⁷ BLAIOTTA, op. cit.; MICHELETTI, op. cit.

³²⁸ Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38342, Espenhahn

³²⁹ Cfr. § precedente

CAPITOLO VI

ALTRI AMBITI DI APPLICAZIONE (CENNI)

SOMMARIO: 1. I Sindaci e gli altri responsabili in materia di protezione civile. – 2. Le forze di polizia.

I principi fino ad ora enunciati trovano larga applicazione negli ambiti analizzati, ovvero l'attività medico-chirurgica e la gestione della sicurezza nei luoghi di lavoro. Detti principi possono, invero, trovare riscontro anche in altri ambiti dell'agire umano in cui è richiesta la gestione di una situazione da parte di più soggetti, che si trovano, pertanto, a cooperare. L'addebito di un eventuale evento lesivo sarà determinabile in base a tutti i principi sopra esposti: la presenza o meno di una posizione di garanzia, se l'affidamento sugli altri soggetti intervenuti sia legittimo e il legame psicologico tra le condotte. La verifica di tutti questi presupposti può condurre all'affermazione di responsabilità di tutti i soggetti coinvolti, ex art. 113 c.p., o solamente di uno o alcuni di essi.

Si riportano, di seguito, brevi esempi di casi paragonabili a quelli sopra trattati. Essi riguardano la responsabilità di sindaci e di giunte comunali per disastri naturali e quella delle forze di polizia per eventi derivanti da manovre effettuate durante gli arresti.

1. I Sindaci e gli altri responsabili in materia di protezione civile.

La legge del 24 febbraio 1992, n. 225, istituiva il Servizio nazionale della protezione civile, delineando, all'art. 15, le competenze del comune e le attribuzioni del sindaco. Il succitato articolo risulta oggi abrogato dal d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, ossia il Codice della protezione civile. Esso afferma che «fanno parte del Servizio nazionale le autorità di protezione civile che, secondo il principio di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, garantiscono l'unitarietà dell'ordinamento

esercitando, in relazione ai rispettivi ambiti di governo, le funzioni di indirizzo politico in materia di protezione civile»: tra queste autorità, figurano anche «i Sindaci e i Sindaci metropolitani, in qualità di autorità territoriali di protezione civile limitatamente alle articolazioni appartenenti o dipendenti dalle rispettive amministrazioni³³⁰». Gli artt. 6 e 12 delineano, poi, le competenze dei Sindaci e dei Comuni nell'ambito della protezione civile.

La gestione di una calamità naturale, pertanto, è responsabilità di diversi soggetti, *in primis* il sindaco e la giunta comunale, ma anche, in secondo luogo dei prefetti e delle altre autorità delineate dal Codice della protezione civile. La responsabilità di tutti questi soggetti, come affermato dalla Corte di Cassazione, è da considerarsi di natura concorrente: «in tema di omicidio colposo plurimo [...] al Sindaco, quale autorità locale di protezione civile e nell'ambito del territorio comunale, compete la gestione dell'emergenza provocata da eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo, di calamità naturali o catastrofi; se questi eventi non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune, questi è tenuto a chiedere l'intervento di altri mezzi e strutture al prefetto, che adotta i provvedimenti di competenza coordinandoli con quelli del sindaco le cui attribuzioni hanno natura concorrente (e non residuale) con quelle del prefetto che ne ha la direzione. Ne consegue che in tale ultima evenienza, fino a quando il prefetto non abbia concretamente e di fatto assunto la direzione dei servizi di emergenza, il sindaco mantiene integri i suoi poteri e gli obblighi di gestione dell'emergenza ed in particolare quelli di allertamento ed evacuazione delle popolazioni che si trovino nelle zone a rischio, indipendentemente dall'esistenza di una situazione di urgenza³³¹».

In virtù di quanto appena esposto, diverse risultano le pronunce che affermano la concorrente responsabilità – in occasione di disastri ambientali – di sindaci, componenti delle giunte comunali e prefetti per omicidi colposi plurimi e lesioni personali colpose plurime, ritenuti responsabili ex art. 113 c.p.

³³⁰ D.lgs. 2 gennaio 2008, n. 1, art. 3, co.1, lett. c)

³³¹ Cass. Pen., Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 16761

La Corte di Cassazione si è trovata ad affrontare il problema in occasione dell'esondazione del Rio Farrigiano, avvenuta a Genova nel 2011, ove era stata ritenuta immune da censure la sentenza che aveva condannato non solo il sindaco, in ragione della posizione di garanzia rivestita quale autorità locale di protezione civile e presidente del comitato comunale di protezione civile, ma altresì, a titolo di cooperazione nel delitto colposo, i componenti di detto comitato che avevano gestito l'emergenza nella reciproca consapevolezza dei rispettivi compiti. La Corte ha, pertanto, affermato che «sussiste la cooperazione nel delitto colposo quando il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge ovvero da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio o, quantomeno, sia contingenza oggettivamente definita della quale gli stessi soggetti risultino pienamente consapevoli³³²».

2. Le forze di polizia.

I principi sopra analizzati, tra cui soprattutto l'art. 113 c.p., trovano larga applicazione nella determinazione della responsabilità di eventi lesivi colposi eziologicamente connessi ad eventi come un arresto. In questo contesto risultano perfettamente applicabili le considerazioni sopra effettuate in ordine alla disciplina della cooperazione colposa: si tratta, infatti, di casi in cui più persone – gli agenti di polizia – si trovano a cooperare per esigenze organizzative connesse alla gestione di un rischio. Questa circostanza, unita alla posizione di garanzia che ogni agente di polizia riveste nei confronti di una persona sottoposta a limitazione della libertà personale, impone che ognuno degli agenti non solo agisca in modo individualmente appropriato, ma che si preoccupi anche efficacemente che le condotte altrui rispettino tutte le regole cautelari del caso. Afferma, infatti la Corte di Cassazione che «in tema di cooperazione colposa, qualora i compartecipi agiscano simultaneamente uno specifico e convergente modulo organizzativo connesso alla gestione del rischio, ciascuno di essi deve intervenire non solo individualmente in modo appropriato, ma deve anche adoperarsi efficacemente per

³³² Cass. Pen., Sez. IV, 12 aprile 2019, n. 22214

regolare e moderare la condotta altrui, ponendo così in essere un'azione di reciproca vigilanza³³³».

La Suprema Corte ha avuto modo di riflettere, più volte, sul tema. In un recente caso di cronaca, la Quarta Sezione ha analizzato la responsabilità di più agenti per la morte di un ragazzo durante una procedura di arresto. La vittima era sotto l'effetto di sostanze psicotrope, specialmente di cocaina, che gli avevano conferito «eccitabilità, allucinazioni, abnorme incremento della forza muscolare, attacchi di panico, alternanza di stati di agitazione e di remissività», tali da rendere necessario l'intervento di 6 agenti per il suo arresto. Dopo che il ragazzo era stato condotto nella vettura dei primi poliziotti accorsi sul posto, infatti, egli era riuscito a mandare in frantumi un finestrino della volante con un calcio, essendosi poi gettato fuori dal veicolo. Gli agenti presenti, pertanto, avevano deciso, senza obiezione da parte di alcuno, di immobilizzarlo. Queste procedure richiesero 11 minuti, proprio in virtù della innaturale forza provocata dal delirio cocainico. Il decesso della vittima fu, quindi, conseguenza di eccessive manovre di immobilizzamento, tra cui la compressione della cassa toracica – da parte di un agente che lo aveva bloccato a terra con un ginocchio – e i colpi ricevuti al cranio, in conseguenza del bloccaggio a terra. L'unica condotta ritenuta rispettosa delle regole cautelari fu l'immobilizzazione delle gambe e dei piedi tramite una corda, ma comunque inserita in un contesto di imperizia.

Afferma, pertanto, la Corte che vi è stata una «rimproverabile violazione del limite di continenza nella gestione delle procedure di immobilizzazione del fuggitivo. [...] Le condotte specificamente incaute e drammaticamente lesive sono state individuate da un lato nella non necessaria immobilizzazione a terra della vittima ammanettata, accompagnata dalla incongrua protratta pressione sulla gabbia toracica sino alla completa inibizione della respirazione; e dall'altro nella altrettanto inutile pressione violenta sul capo, al punto da determinare la già descritta lesione cranica, anch'essa letale. Tali condotte, peraltro, sono espressione di un approccio complessivamente altamente incauto che ha caratterizzato tutta l'azione, lungamente protratta, degli agenti. Tale impropria scelta di azione coinvolge la sfera

³³³ Cass. Pen., Sez. IV, 21 giugno 2012, n. 36280

di responsabilità di tutti gli agenti, proprio alla luce della loro convergente attività che senza dubbio da corpo al contesto fattuale di cooperazione che, come si è visto, radica l'ambito di applicazione della colpa di concorso. In breve, la consapevolezza di agire in cooperazione imponeva a ciascuno non solo di operare per proprio conto in modo appropriato, ma anche di interrogarsi sull'azione altrui se del caso agendo per regolarla moderandola. Tale azione è mancata in tutti gli agenti e per tutti, dunque, si configura la colpa concorsuale che, come pure si è detto, abbraccia tutte le condotte, non solo quelle tipiche (lo schiacciamento della testa, la compressione del torace) ma anche quelle di comune partecipazione agevolatrice. La valutazione in questione non consente distinzione neppure per gli agenti che hanno agito per legare le gambe del giovane evaso. Tale azione, infatti, costituisce solo un frammento della protratta condotta illecita che (secondo quanto insindacabilmente ritenuto in fatto dal giudice di merito) è ancor più inutilmente proseguita senza dissenso alcuno, sino al gesto finale della compressione del capo in terra che ha determinato la cessazione di qualunque reazione della vittima, avendo cagionato la letale lesione emorragica intracranica³³⁴».

In virtù di quanto appena esposto, la Corte ha riconosciuto la responsabilità di tutti gli agenti intervenuti, anche di coloro che si erano limitati a legare le gambe della vittima, per non aver sollevato obiezioni alla proposta di immobilizzarlo e per non aver impedito le condotte colpose dei colleghi, consistite in manovre di bloccaggio assolutamente eccessive e sproporzionate. Le condotte di tutti gli agenti sono, pertanto, rimproverabili e si pongono in stretta correlazione tra di loro, configurando ipotesi di cooperazione colposa ex art. 113 c.p.

³³⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786

CONCLUSIONI

Lo scopo del presente lavoro è stato quello di illustrare le linee interpretative, adottate dalla giurisprudenza, nell'affrontare casi di responsabilità colposa in *équipe*.

I giudici di legittimità, nella trattazione di un caso concreto, si trovano oggi a dover applicare e bilanciare diversi importanti principi dell'ordinamento giuridico.

Innanzitutto, l'art. 40 cpv c.p. rende immediatamente chiaro all'interprete che vi sono soggetti gravati, *ex lege*, da obblighi di intervenire per rimuovere un pericolo o evitare ulteriori conseguenze dannose nei confronti di una persona ritenuta meritevole di tutela perché priva dei mezzi necessari per tutelarsi efficacemente in autonomia. Non vi è dubbio alcuno che medici e datori di lavoro siano gravati da posizioni di garanzia. Come sopra chiarito, ciò è desumibile innanzitutto dal dettato dell'art. 2 della Costituzione e, in secondo luogo, dall'apparato legislativo che interessa queste figure: la legislazione in materia di Servizio Sanitario Nazionale per quando riguarda i professionisti sanitari, l'art. 2087 c.c. e il Testo Unico sulla Sicurezza sul Lavoro per i datori di lavoro.

Il principio di affidamento o, per meglio dire, il principio di sistematica sfiducia nei confronti dei colleghi³³⁵, gioca un ruolo fondamentale nel delineare le responsabilità all'interno di un gruppo. Si è visto come la giurisprudenza – pur riconoscendo in linea teorica che un certo spazio debba essere concesso all'affidamento in assenza di situazioni di fatto che facciano ritenere il contrario – è piuttosto restia a considerarlo, poi, nella prassi. Ciò avviene sia nei confronti dei professionisti sanitari che dei datori di lavoro. Se si può condividere, in linea di principio, l'intento protettivo dei giudici di legittimità nei confronti di soggetti ritenuti deboli dall'ordinamento, quali i pazienti e i lavoratori subordinati, non si può non considerare, d'altra parte, che una cieca negazione del principio di affidamento – spesso all'esito di una carente verifica delle circostanze concrete, che non permette di comprendere se questo potesse essere ritenuto legittimo o meno –

³³⁵ *Ex multis* GIZZI, op. cit.; PIRAS, LUBINU, op. cit.

infligga un rilevante *vulnus* ai principi costituzionali in materia di personalità della responsabilità penale. Negare sistematicamente che medici e datori di lavoro, ancor di più quando gravati da responsabilità derivanti da posizioni apicali, possano legittimamente fare affidamento sul corretto operato da parte dei propri colleghi rischia di portare a gravi e inaccettabili pronunce di malcelata responsabilità oggettiva da posizione, oltre a non permettere un sereno esercizio della professione medica, nell'interesse di tutti i consociati, e della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.

I giudici di merito e la Corte di Cassazione, nell'affrontare casi di responsabilità in *équipe*, fanno grande ricorso all'istituto della cooperazione colposa di cui all'art. 113 c.p. Il dibattito in ordine alla sua applicazione riguarda la sua funzione estensiva dell'incriminazione, pacificamente riconosciuta da parte dei giudici di legittimità, ma ancora oggetto di dubbi e dibattiti da parte della dottrina. In particolar modo, perplessità sorgono in ordine alla funzione incriminatrice per quanto riguarda condotte meramente agevolatrici, poiché – come sopra meglio descritto – alcuni autori ritengono che ciò possa portare a incriminazioni ritenute eccessive, soprattutto rispetto all'*intentio legis*. Questi timori non possono dirsi infondati. Per quanto qui rileva, i maggiori dubbi riguardano l'estensione dell'incriminazione colposa per condotte omissive, in capo a soggetti non gravati da alcun obbligo di garanzia, il cui rischio potrebbe consistere in pronunce di responsabilità oggettiva occulta, da mera posizione. In buona sostanza, per la Corte di Cassazione ogni dubbio sembra essere risolto, ma non si possono ignorare le voci di chi lamenta violazioni dell'art. 27 Cost.

Ad analoghe conclusioni si giunge analizzando lo specifico apparato legislativo che regola l'agire medico. In questo campo, l'approccio della giurisprudenza, anche di legittimità, appare assolutamente empirico e sostanzialmente privo di linee interpretative di fondo. Si aggiunga la circostanza per cui è spesso omessa una puntuale verifica del conteso concreto in cui avvengono i fatti e si ottengono numerose pronunce in cui appare difficile condividere le impostazioni troppo rigide dei giudici. Come prima accennato, poche sono le sentenze che riconoscono come legittimo l'affidamento operato da un medico nei confronti dei colleghi, e ancora più rare lo sono quelle che trattano la responsabilità

dei c.d. primari, onnipresenti e onniscienti agli occhi della Suprema Corte. Diventa, perciò, palese la difficoltà di dirsi d'accordo con suddette pronunce, assai rigorose, che pongono grandi ostacoli al sereno esercizio della professione medica, a danno della collettività intera. Come già menzionato, inoltre, enormi sono i rischi di pronunce di responsabilità oggettive.

Il quadro della gestione della sicurezza sul lavoro appare, poi, molto frammentato. Le difficoltà più grandi si riscontrano in aziende di vaste dimensioni, dove sono individuabili più datori di lavoro, quantomeno dal punto di vista formale, e più di una figura che si occupa, in concreto, di prendere decisioni che risultano poi cruciali nel garantire la sicurezza per i lavoratori. Anche l'istituto della delega di funzioni, che dovrebbe costituire un sicuro strumento per conferire lo svolgimento di determinate attività ad altri soggetti – spesso molto più competenti del datore di lavoro stesso, a indubbio vantaggio dei lavoratori – risulta un'arma a doppio taglio ove siano riscontrabili scorrettezze formali. Intervengono allora altri due principi. Il primo di essi, il principio di effettività, appare appiglio sicuro per l'interprete, anche grazie al suo riconoscimento formale da parte del legislatore, dopo che la giurisprudenza, già da lungo tempo, aveva iniziato ad adottarlo. Il criterio della competenza, al contrario, seppur chiaro nelle sue linee di fondo, manca di determinatezza, rendendo quindi molto difficile, per un interprete, prevedere la concreta decisione dei giudici. Si basa sulla determinazione delle sfere di rischio e dei soggetti che devono governarle, ma ciò non è mai effettuato in modo preliminare: non sarebbe, forse, inutile un intervento del legislatore, che imponesse la sua effettuazione da parte dei vertici aziendali prima di un evento lesivo, e non dopo, da parte dei giudici. La vita, la salute e l'integrità psico-fisica dei lavoratori, ma anche una corretta affermazione di responsabilità, che non ricada su soggetti non rimproverabili: la posta in gioco è molto alta.

BIBLIOGRAFIA

- ALBEGGIANI F., *La cooperazione colposa*, in *St. Iur.*, 2000, pag. 515
- ALDROVANDI P., *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, in *Studi di diritto dell'economia*, a cura di Franceschelli V., vol. 4, Giuffrè, Milano, 1999
- ANTOLISEI F., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003,
- ANZILOTTI S., *La posizione di garanzia del medico. Uno studio giuridico, bioetico e deontologico*, Giuffrè, Milano, 2013
- BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. Pen.*, 1986, pag. 265
- BLAIOTTA R., *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020
- CADOPPI A., CANESTRARI S., VENEZIANI P., *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2018
- CANTAGALLI C., *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cass. Pen.*, 2006, pag. 2838
- D'ARCA G., *Profili problematici della responsabilità penale del medico per attività in équipe: successione nella posizione di garanzia e principio di affidamento*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2019, pag. 671
- DEIDDA B., GARGANI A. (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo F., Paliero C.E., vol. 10, Giappichelli, Torino, 2012
- DOLCINI E., MARINUCCI G., *Codice penale commentato*, Ipsoa, Assago, 2015
- FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, in *Raccolta di Studi di Diritto Penale*, vol. 26, IV-224, Giuffrè, Milano, 1979

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto Penale. Parte generale*. Zanichelli, Torino, 2019

FORTI G., SEMINARA V., ZUCCALÀ G., *Commentario breve al codice penale*, Cedam, 2017

GARGANI A., *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 3-4/2017, pag. 508

GARGANI A., *Le posizioni di garanzia*, in *Giur. It.*, 1/2016, pag. 214

GIZZI L., *Équipe medica e responsabilità penale*, in *Diritto e processo penale oggi*, diretta da Palazzo F. e Spangher G., vol. 6, Ipsoa, Milanofiori Assago, 2011

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura della fattispecie*, in *Raccolta di Studi di Diritto Penale*, vol. 34, IV-472, Giuffrè, Milano, 1983

GRECO E., *Gestione del rischio clinico e attività medica svolta in regime di plurisoggettività. Imputazione dell'evento per colpa e delega di funzioni in campo sanitario.*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2018, pag. 1028

GROSSO C.F., PELISSERO M., PETRINI D., PISA P., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Torino, 2020

GUIDI D., *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, Aa. Vv., a cura di Canestrari S., Giunta F., Guerrini R., Padovani T., Edizioni ETS, Pisa, 2009, pag. 209

MANTOVANI F., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2/2009, pag. 536

MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, in *Seminario Giuridico della Università di Bologna*, vol. CLXXIII, Giuffrè, Milano, 1997

MARINUCCI G., MARRUBINI G., *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *La colpa. Studi*, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 273

MARINUCCI G., DOLCINI E., GATTA G. L., *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020

MASSARO A., *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, 08/V/2020, consultabile sul sito web www.lalegislazionepenale.it, pag. 13

MASSARO A., *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull’operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe.*, in *Cass. Pen.*, 11/2011, pag. 3857

MATTHEUDAKIS M. L., *Causalità omissiva e presunzione di correttezza del comportamento altrui in ambito sanitario*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2/2016, pag. 773

MICHELETTI D., *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1-2/2011, pag. 153

MICHELETTI D., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Medicina e diritto penale*, Aa. Vv., a cura di Canestrari S., Giunta F., Guerrini R., Padovani T., Edizioni ETS, Pisa, 2009, pag. 247

PADOVANI T., *Codice penale*, Giuffrè, Milano, 2019

PALMERI C., *La distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti, e la sua rilevanza in un caso di lesioni in ambito sanitario*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6/2017, pag. 286

PERIN A., *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni tra modello teorico, realtà applicative ed esigenze di tutela*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2/2012, pag. 105

PIRAS P., LUBINU G. P., *L’attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in *Medicina e diritto penale*, Aa. Vv., a cura di Canestrari S., Giunta F., Guerrini R., Padovani T., Edizioni ETS, Pisa, 2009, pag. 301

RISICATO L., *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, pag. 132

RISICATO L., *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco. L'obbligo di vigilare come regola cautelare*, in *Itinerari di diritto penale*, sezione Saggi, diretta da Aa. Vv., vol. 18, Giappichelli, Torino, 2013

SALE C., *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, in *Dir. Pen. Cont.*, 21/VI/2013

SBORRA E., *La posizione di garanzia del medico*, in *Medicina e diritto penale*, Aa. Vv., a cura di Canestrari S., Giunta F., Guerrini R., Padovani T., Edizioni ETS, Pisa, 2009, pag. 115

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, in *Collana di studi penalistici*, vol. XIII, Cedam, Padova, 1975

SECCI M., *La ripartizione della responsabilità penale per gli infortuni sul lavoro ed il problema della esigibilità del controllo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1977, pag. 1165

SOPRANI P., *Art. 299 TUSL: effettività a tutti i costi*, in *Ig. Sic. Lav.*, 1/2017, pag. 9

ZIRULIA S., *Un'applicazione del principio di affidamento al settore della sicurezza sul lavoro*, in *Dir. Pen. Cont.*, 19/XII/2012

RINGRAZIAMENTI

Il primo ringraziamento va al Chiarissimo Professor Marco Pelissero, che mi ha dapprima ispirata con le sue stimolanti lezioni, e che mi ha poi guidata nella stesura di questa tesi.

Il più sentito dei ringraziamenti va ai miei genitori, che mi hanno presa per mano, guidata e spronata a coltivare con libertà i miei interessi. Solo con il loro amore e il loro sostegno potrò realizzare i miei sogni.

A mia sorella Beatrice e ai momenti di leggerezza che mi offre ogni giorno.

A Teresa, che mi ha cresciuta con la pazienza e l'affetto di una madre.

A Francesca, fisicamente distante, ma vicina come nessun altro potrà mai essere.

Alle Valeria, Fulvia, Elisa e tutte le amiche e amici che non mi hanno mai fatto mancare il loro sostegno, in tutti questi anni.

A Valeria, Elena, Carlotta, Matteo e Marco, senza i quali il mio percorso universitario non sarebbe stato certamente lo stesso.

Ad Andrea, il più bel regalo che l'Università e la vita potessero farmi.

Il mio ultimo pensiero va ai miei nonni, che sono sicura stiano vegliando su di me, ogni giorno.