

ATTI

- 25 -

Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa

(un dialogo con la giurisprudenza)

ATTI DEL CONVEGNO NAZIONALE
ORGANIZZATO DALLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
E DAL DIPARTIMENTO DI DIRITTO COMPARATO E PENALE
DEL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE (7-8 MAGGIO 2009)

a cura di
ROBERTO BARTOLI

FIRENZE UNIVERSITY PRESS

2010

Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza) : Atti del convegno nazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto comparato e penale dell'Università degli Studi di Firenze (7-8 maggio 2009)/ a cura di Roberto Bartoli. – Firenze : Firenze University Press, 2010. (Atti ; 25)

<http://digital.casalini.it/9788884535702>

ISBN 978-88-8453-567-2 (print)

ISBN 978-88-8453-570-2 (online)

La realizzazione del Convegno è stata resa possibile grazie ai fondi del MIUR e al contributo dell'Ente Cassa di Risparmio di Firenze. Hanno dato il loro patrocinio la Regione Toscana, l'Ordine degli Avvocati di Firenze, l'Ordine provinciale dei Medici-Chirurghi e degli Odontoiatri di Firenze, la Confindustria di Firenze e la Fondazione dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di Firenze.

Il volume è frutto della ricerca di interesse nazionale PRIN 2006 "Causalità, colpa e concorso di persone nel diritto giurisprudenziale di alcuni campi della modernità: tentativi di razionalizzazione" ed è stato pubblicato con il contributo dell'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e grazie ai fondi del MIUR.

L'allestimento del presente volume è dovuto alla collaborazione della dott.ssa Antonella Cini, della Segreteria del Dipartimento di Diritto comparato e penale dell'Università degli Studi di Firenze, e dei dottori Francesco Cingari, Domenico Notaro e Lorenzo Pellegrini.

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández

© 2010 Firenze University Press

Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
Borgo Albizi, 28, 50122 Firenze, Italy
<http://www.fupress.com/>

Printed in Italy

SOMMARIO

PRESENTAZIONE <i>Roberto Bartoli</i>	1
I ^a GIORNATA LA RESPONSABILITÀ NELLE ATTIVITÀ MEDICHE 7 maggio 2009	
SESSIONE ANTIMERIDIANA – <i>Presidenza di Michele Papa</i> Relazioni delle Unità di ricerca	
LA RESPONSABILITÀ PENALE PER CARENZE STRUTTURALI E ORGANIZZATIVE <i>Paolo Pisa e Giuseppe Longo</i>	7
LA RESPONSABILITÀ MEDICA DI <i>ÉQUIPE</i> <i>Lucia Gizzi</i>	31
PARADIGMI GIURISPRUDENZIALI DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA. PUNTI FERMI E TENDENZE EVOLUTIVE IN TEMA DI CAUSALITÀ E COLPA <i>Roberto Bartoli</i>	75
SESSIONE POMERIDIANA – <i>Presidenza di Gianfranco Gensini</i> Discussione e interventi	
IL SAPERE SCIENTIFICO E L'INFERENZA CAUSALE <i>Rocco Blaiotta</i>	147
LA RESPONSABILITÀ NELLE ATTIVITÀ MEDICHE <i>Antonio Panti</i>	167

APPUNTI SU CAUSALITÀ E COLPA NELLA RESPONSABILITÀ MEDICA <i>Giovanni Fiandaca</i>	177
UN RIFLESSIONE MEDICO LEGALE SULLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE <i>Gian Aristide Norelli</i>	189
NOTE MINIME SULLA RESPONSABILITÀ OMISSIVA NELL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE MEDICA <i>Giovannangelo De Francesco</i>	205
RIFLESSIONI SULLA COSIDDETTA «CAUSALITÀ OMISSIVA» IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ MEDICA <i>Francesco Viganò</i>	217
INTERVENTO <i>Ombretta Di Giovine</i>	263
INTERVENTO <i>Francesco Mucciarelli</i>	269
INTERVENTO <i>Laura Riccio</i>	275
 II ^a GIORNATA LA RESPONSABILITÀ NELLE ATTIVITÀ D'IMPRESA 8 maggio 2009	
SESSIONE ANTIMERIDIANA – <i>Presidenza di Ferrando Mantovani</i> Relazioni delle Unità di ricerca	
INTRODUZIONE ALLA SESSIONE ANTIMERIDIANA <i>Ferrando Mantovani</i>	283
RISCHI DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA NELL'ACCERTAMENTO DELLA COLPA DEL DATORE DI LAVORO E DEI DIRIGENTI <i>Davide Petrini</i>	285
LA DELEGA DI FUNZIONI, PRIMA E DOPO IL T.U. 81/08. CONTINUITÀ EVOLUTIVA E NOVITÀ LEGISLATIVE NELL'ANALISI COMPARATIVA <i>Alessio Scarcella</i>	311

IL CONCORSO DOLOSO MEDIANTE OMISSIONE: TRACCE DI RESPONSABILITÀ DI POSIZIONE	359
<i>Marco Pelissero</i>	
LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI: I SOGGETTI RESPONSABILI ED I MODELLI ORGANIZZATIVI	393
<i>Alessandra Rossi</i>	
DANNO E RISCHIO DA PRODOTTI. APPUNTI PER UNA RILETTURA CRITICA DI UN'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE ITALIANA	437
<i>Alberto di Martino</i>	
SESSIONE POMERIDIANA – <i>Presidenza di Beniamino Deidda</i>	
Discussione e interventi	
INTRODUZIONE ALLA SESSIONE POMERIDIANA	485
<i>Beniamino Deidda</i>	
BREVI CONSIDERAZIONI SULLA PREVEDIBILITÀ DELL'EVENTO NEL REATO COLPOSO	489
<i>Carlo Brusco</i>	
LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL DATORE DI LAVORO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI SICUREZZA. VERSO LA (INCONSTITUZIONALE) RESPONSABILITÀ OGGETTIVA	499
<i>Fabio Pontrandolfi</i>	
IL TIPO COLPOSO	517
<i>Carlo Enrico Paliero</i>	
IL VOLTO E LA 'FORMALIZZAZIONE' DELLE REGOLE CAUTELARI NEI MODELLI DI PREVENZIONE DEL RISCHIO-REATO	525
<i>Carlo Piergallini</i>	
COMUNICAZIONI SCRITTE	
ATTIVITÀ RISCHIOSE SOCIALMENTE UTILI E REPRESSIONE DI DISASTRI COLPOSI DA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA	547
<i>Antonella Madeo</i>	
INCERTEZZA SCIENTIFICA, RISCHIO E PREVENZIONE. LE DECLINAZIONI PENALISTICHE DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE	579
<i>Riccardo Martini</i>	

LA PROBLEMATICA POSIZIONE DEI GRUPPI SOCIETARI NELLA DISCIPLINA DEL D.LGS. 231/2001	607
<i>Maurizio Riverditi</i>	
SPUNTI PER UN'INDAGINE SULLA RESPONSABILITÀ PENALE DELLA BANCA PER OMESSO IMPEDIMENTO DI REATI DI NATURA PATRIMONIALE COMMESSI PER VIA INFORMATICA	621
<i>Lucia Scopinaro</i>	
CONCORSO ESTERNO NEL REATO ASSOCIATIVO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO	641
<i>Francesca Arrigoni</i>	
IL CONCORSO ESTERNO NEI REATI DI ASSOCIAZIONE TERRORISTICA	681
<i>Annamaria Peccioli</i>	
RELAZIONE DI SINTESI	695
<i>Francesco Palazzo</i>	
I RELATORI	709

PRESENTAZIONE

di Roberto Bartoli

Questo volume, di cui mi è stata affidata la cura e la presentazione soltanto in ragione della mia 'fiorentinità', se così si può dire, raccoglie gli atti del Convegno svoltosi a Firenze nei giorni 7 e 8 maggio 2009 a conclusione di una ricerca Miur, coordinata a livello nazionale dal prof. Francesco Palazzo, e che ha visto coinvolte ben cinque Unità appartenenti alle Università di Firenze, di Genova, del Piemonte Orientale, di Torino e alla Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

Se volessimo indicare in estrema sintesi le direttrici lungo le quali si sono mossi la ricerca e il convegno, mi pare che si potrebbero utilizzare le espressioni «modernità» e «diritto giurisprudenziale». Da un lato, infatti, si è ritenuto opportuno continuare ad indagare quei settori della responsabilità penale che più di ogni altro hanno risentito e risentono dei mutamenti sociali e delle incessanti trasformazioni tecnologiche, mettendo a dura prova la configurazione 'classica' delle categorie penalistiche della causalità, della colpa e del concorso di persone nel reato. Dall'altro, si è cercato di spingere lo sguardo nella realtà del diritto vivente e quindi di indagare gli istituti che vengono in gioco in questi settori così come effettivamente configurati dalla giurisprudenza.

D'altra parte, limitarsi a queste indagini 'descrittive' non avrebbe consentito di compiere quel passo ulteriore e decisivo volto a comprendere le ragioni di fondo e soprattutto a vagliare in termini critici le soluzioni adottate. Da qui l'esigenza di un confronto diretto con gli stessi artefici della giurisprudenza e con le categorie professionali, attribuendo alla riflessione della scienza giuridica il compito di razionalizzare e sistemare, nonché di valutare le soluzioni in ordine ai principi costituzionali di garanzia. Ed in questa prospettiva il Convegno fiorentino ha assunto un ruolo di grande importanza, potendo essere considerato una parte davvero integrante della ricerca: non un momento finale per esporre risultati conclusi raggiunti con la ricerca, ma un momento iniziale in cui sottoporre tali risultati a un giudizio critico al fine di realizzare un confronto reale e vivo.

Un ringraziamento va rivolto alla Regione Toscana, all'Ordine degli Avvocati di Firenze, all'Ordine provinciale dei Medici-Chirurghi e degli

Odontoiatri di Firenze, alla Confindustria di Firenze e alla Fondazione dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili di Firenze, per il loro patrocinio. Infine, un ringraziamento particolare deve essere rivolto all'Ente Cassa di Risparmio di Firenze, che anche questa volta non ci ha fatto mancare il suo sostegno affinché il Convegno potesse svolgersi e i relativi Atti fossero affidati a questa pubblicazione.

I^o GIORNATA
LA RESPONSABILITÀ NELLE ATTIVITÀ MEDICHE

7 maggio 2009

SESSIONE ANTIMERIDIANA
Presidenza di Michele Papa

Relazioni delle Unità di ricerca

LA RESPONSABILITÀ PENALE PER CARENZE STRUTTURALI E ORGANIZZATIVE

di Paolo Pisa e Giuseppe Longo

SOMMARIO: 1. Premessa: le carenze strutturali e organizzative. – 2. La responsabilità del personale medico e la posizione di controllo del medico sulla struttura sanitaria e sulle attrezzature che utilizza. – 3. La responsabilità degli organi di vertice delle Aziende sanitarie. – 4. La responsabilità degli organi politici competenti sul servizio sanitario.

1. Premessa: le carenze strutturali e organizzative

Sotto l'*etichetta* di responsabilità in campo sanitario per *carenze strutturali* si possono raggruppare tre diverse situazioni, tutte caratterizzate dal verificarsi dell'evento morte o lesioni del paziente a prescindere da un errore di diagnosi o di terapia.

Nella prima, l'esito infausto del percorso diagnostico terapeutico è determinato dalla mancanza o dal malfunzionamento di un'apparecchiatura (essenziale per la cura del caso clinico), di un'attrezzatura o di un altro presidio medicale, che siano però solo occasionali e temporanei. Si pensi al caso in cui l'apparecchiatura per eseguire una Tac sia presente ma momentaneamente non funzionante: questo difetto lungi dal caratterizzare la struttura – imponendo ai medici di astenersi dall'eseguire in assoluto determinati interventi o trattamenti terapeutici – rappresenta solo una situazione contingente e transeunte, che non limita certo in via definitiva il tipo di prestazioni sanitarie che in quella struttura si possono erogare.

Nella seconda ipotesi la carenza della struttura (ad esempio la mancanza della terapia intensiva in un piccolo ospedale) non risulta contingente ma stabile e duratura, nonché tale da caratterizzare quel tipo di presidio ospedaliero, rendendolo *strutturalmente* inidoneo all'erogazione di determinate prestazioni e limitando in modo preciso i sanitari nella determinazione della linea di demarcazione fra rischio consentito e non consentito.

Infine l'esito infausto del trattamento può essere dovuto – a prescindere da un qualsivoglia difetto o malfunzionamento di attrezzature – ad una

«carenza organizzativa», ad esempio nella gestione del personale medico o infermieristico: può essere presente quella particolare apparecchiatura ma non essere di turno il tecnico o il medico in grado di utilizzarla in modo efficace e sicuro; oppure si faccia l'ipotesi in cui il personale sia insufficiente a garantire una copertura di tutti i turni di servizio. La carenza organizzativa o di personale sarà riconducibile alla prima o alla seconda ipotesi in relazione al suo carattere temporaneo o stabile.

Il fenomeno riveste un'incidenza statistica importante se si tiene conto che, secondo una recente ricerca, il 33% dei casi di esito infausto del trattamento medico dipenderebbe da un difetto – di idoneità o di organizzazione – della struttura sanitaria¹.

Fin da subito bisogna precisare che, in applicazione dei principi generali in materia di causalità e di colpa, non vi sarà responsabilità dei medici qualora l'esito infausto si sarebbe lo stesso verificato, nonostante la predisposizione di un apparato strutturale e organizzativo idoneo al trattamento reso. Ricorre in questi casi la cosiddetta *obiezione dell'inutilità del comportamento alternativo lecito*²: in altri termini, il pieno rispetto delle regole prudenziali non sarebbe bastato ad evitare l'evento lesivo, alla luce di un giudizio *ex post* ed in concreto sulle circostanze del caso. In applicazione di questo principio la Cassazione ha escluso la responsabilità dei medici – sotto il profilo dell'assenza del nesso di causalità – per aver ritardato l'effettuazione della Tac a causa dell'assenza in un piccolo ospedale del servizio radiologico notturno. Infatti fu accertato che nel tempo necessario ad effettuare l'esame, la malattia (meningite *fulminante*) avrebbe comunque determinato la morte del paziente³.

Non sempre le carenze strutturali ed organizzative di un reparto possono essere addebitate al solo personale medico e, segnatamente, al primario che lo dirige. Infatti, non solo il direttore di struttura complessa (il *vecchio* primario), ma anche il direttore di dipartimento (il dipartimento raggruppa più unità operative dirette da differenti primari) sono sprovvisti di un autonomo potere decisionale di spesa e devono rivolgersi agli uffici tecnici e amministrativi dell'azienda sia per l'acquisto che per la semplice manutenzione delle apparecchiature⁴.

¹ INTRONA, *Responsabilità professionale medica e gestione del rischio* in *Riv. it. med. leg.* 2007, 641.

² Sul problema del cosiddetto *comportamento alternativo lecito* si rinvia a F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte Generale*, V ed. Padova 2007, 334 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte Generale*, III ed. Torino 2008, 342 ss.; GIZZI, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale* in *Cass. pen.* 2005, 4107 ss.

³ Cass., Sez. IV, 11 giugno 1999, n. 7151, in *Cass. pen.* 2001, 125. Nello stesso senso, recentemente, Cass., Sez. IV, 9 febbraio 2006, n. 12894 in *Guida al dir.* 2006, 95.

⁴ VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, a cura di Marinucci e Dolcini, II ed. Padova 2009, 201 ss.; per un inquadramento generale del riparto delle competenze all'interno delle

Queste deficienze possono derivare da omissioni o negligenze riconducibili all'azienda di appartenenza, con la conseguenza di canalizzare la responsabilità verso gli organi amministrativi e di individuare i soggetti responsabili non fra i medici che concretamente abbiano svolto attività diagnostica e terapeutica sul paziente, ma fra coloro che ricoprono posizioni di vertice nell'ambito dell'azienda stessa (Ospedaliera o Sanitaria Locale)⁵.

La giurisprudenza tende a risolvere questi casi distribuendo la responsabilità su due livelli: quello del personale medico e quello – superiore – dei vertici amministrativi della struttura sanitaria.

2. *La responsabilità del personale medico e la posizione di controllo del medico sulla struttura sanitaria e sulle attrezzature che utilizza*

Incominciando questa analisi dal primo livello – quello della responsabilità esclusiva del personale medico – il primo dato che emerge è l'assoluta esiguità di sentenze che hanno risolto casi di esito infausto o insoddisfacente del percorso diagnostico e terapeutico dovuto a inidoneità della struttura sanitaria.

Da queste poche pronunce affiorano chiaramente due differenti orientamenti giurisprudenziali.

Il primo, sostanzialmente circoscritto a una sentenza del 2001⁶, esclude che l'insufficienza strutturale e di attrezzature di un piccolo ospedale

aziende sanitarie si rinvia a JORIO, *Diritto sanitario*, II ed. Milano 2006, *passim* e a SANGIULIANO, *Diritto sanitario e servizio sanitario nazionale*, XIX ed., Napoli 2008, *passim*.

⁵ Sulla responsabilità dei vertici aziendali si rinvia a VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, II, *I delitti colposi*, cit., 201 ss.; SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in Canestrari, Giunta, Guerrini, Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa 2009, 120 ss.; FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino 2008, 362 ss.; A. DE DONNO, LOPEZ, SANTORO, P. DE DONNO, INTRONA, *La responsabilità penale degli organi apicali delle strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.* 2007, 625; ALEO, CENTONZE, LANZA, *La responsabilità penale del medico* Milano 2007, 267 ss.; LORÉ, MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 403 ss.. Nella letteratura medico-legale si è affermato che «se il dirigente ha adempiuto al suo obbligo di controllo, ma non è potuto intervenire a porre rimedio efficacemente alla carenza strutturale perché, ad esempio, vi era assoluta indisponibilità di risorse, ovvero, quelle esistenti erano già state destinate ad altri capitoli di spesa non potrà essergli mosso alcun rimprovero di colpa, versando in un'ipotesi di forza maggiore» (LORÉ, MARTINI, *op. cit.*, 408 ss.); per una più esaustiva trattazione della questione si rinvia al paragrafo 3.

⁶ Cass., sez. IV, 3 ottobre 2001 in *Guida al dir.* 2001, 48, 82. In termini analoghi – nella giurisprudenza di merito – si è espresso Trib. Urbino, 23 settembre 2003, n. 328, con nota di BONANNO, *Protocolli, linee guida e colpa specifica*, in *Ind. pen.* 2006, 441, dove si precisa che «non è imperito, imprudente, negligente, il medico che omette di richiedere in un caso di politraumatizzato della strada l'ecografia addominale, sebbene tale esame

possa addebitarsi a colpa del medico che interviene: infatti i medici non scelgono liberamente in quale struttura esercitare la loro professione ma sono destinati attraverso procedure di natura pubblicistica (che disciplinano assunzioni e trasferimenti) e non hanno alcun potere di incidenza diretta sugli acquisti delle attrezzature o sul loro adeguamento alle normative di sicurezza. La posizione di garanzia del medico si manifesterebbe così solo nella forma dell'obbligo di protezione della salute dei pazienti, con esclusione della posizione di controllo sulle strutture e sulle attrezzature di cui il medico si avvale⁷.

È necessario analizzare il problema sotto i due diversi profili dell'obbligo del medico di informare il paziente delle carenze strutturali e del dovere di attivarsi per neutralizzarle o, quanto meno, contrastarle.

Quanto al primo profilo, premessa a nostro parere la necessità di un'esaustiva informazione da parte del medico (comprensiva anche dell'adeguatezza ed idoneità della struttura), non si potrebbe comunque ammettere, nel caso di accettazione da parte del paziente dei rischi conseguenti, l'applicazione della causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto *ex* 50 c.p.⁸. Infatti, l'attività medico chirurgica deve

fosse prescritto dal protocollo di emergenza in casi del genere, qualora, alla luce delle condizioni oggettive in cui versava, all'epoca, la struttura sanitaria, l'esame medesimo non poteva essere effettuato».

⁷ Il neonato era deceduto subito dopo il parto per difficoltà respiratorie dovute a grave sofferenza fetale, che si sarebbe potuta evitare con la tempestiva agevolazione del parto per via chirurgica. Sia in primo grado che in appello il primario viene assolto con la motivazione che il ritardo nell'effettuazione dell'intervento chirurgico non poteva essere ascritto a sua colpa, in quanto era dipeso esclusivamente da «deficienze e manchevolezze strutturali». Il primario – pur a conoscenza delle carenze strutturali dell'ospedale – non può essere ritenuto in colpa, non gravando su di lui un generale «obbligo di far preparare la sala operatoria in via preventiva, in occasione di ogni parto, o, addirittura, in previsione dell'esito di ogni travaglio». Di diverso avviso la Procura Generale presso la Corte d'Appello di Trento che, nel proporre ricorso per Cassazione, ritiene responsabile il primario per aver «accettato di prestare la propria attività professionale in una struttura ospedaliera non in grado di assicurare sufficienti garanzie per la salute e per la vita dei pazienti», e per essere venuto meno al dovere di informare gli assistiti circa i rischi derivanti dalle inadeguate strutture dell'ospedale. La Cassazione conferma l'assoluzione con le argomentazioni già riportate (Cass., sez. IV, 3 ottobre 2001, cit.).

⁸ In dottrina si è affermato che il sanitario potrebbe andare esente da responsabilità colposa adempiendo al suo obbligo di completa informazione del paziente, il quale «deve essere messo in condizione non solo di manifestare il consenso ad una determinata terapia ma anche di poter scegliere presso quale struttura esservi sottoposto. L'obbligo informativo concerne quindi anche la qualità tecnica delle dotazioni e della strumentazione scientifica presenti nella struttura sanitaria, e se le stesse siano idonee al trattamento terapeutico prescelto» (FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino 2008, 362. In termini analoghi ha avuto modo di esprimersi App. Caltanissetta 15 gennaio 2003, in *Foro it.* 2005, II, 621). Nello stesso senso si è espressa più volte la giurisprudenza civile e, in particolare, in tema di responsabilità del primario per danni derivati da un'assistenza difettosa nelle varie fasi del parto, la Cassazione ha puntualizzato che, per quanto non possano addebitarsi al medico le carenze della struttura né la condotta colposa dei colleghi, «a lui incombe tut-

essere qualificata come intrinsecamente lecita, non solo perché autorizzata dall'ordinamento giuridico ma anche perché promossa e finanziata dallo Stato in quanto socialmente utile⁹. L'ordinamento giuridico non si limita ad autorizzarla *tout court* ma predispone una disciplina puntuale, comprensiva di limiti e presupposti di liceità, con lo scopo di tutelare la dignità e la libertà delle persone e di ridurre i margini di pericolosità per la vita e l'incolumità fisica.

Il fondamento della non punibilità del medico anche in caso di esito infausto dovrà allora essere trovato nell'esercizio di un'attività giuridicamente autorizzata *ex art.* 51 c.p., a condizione che siano stati rispettati tutti i requisiti di legittimità posti dall'ordinamento giuridico¹⁰:

tavia l'obbligo, derivante dal rapporto privatistico che lo lega alla paziente, di informarla della eventuale anche solo contingente inadeguatezza della struttura, tanto più se la scelta della stessa sia effettuata anche in ragione dell'inserimento di quel medico nella struttura» (nel caso *sub judice* il ginecologo era anche il medico di fiducia della paziente). Cass. Civ., sez. III, 28 gennaio 2000 n. 6318 in *Guida al diritto* 2000, 20, 18; nello stesso senso anche Cass. Civ., sez. III, 5 luglio 2004 n. 12273 in *Danno e Responsabilità* 2005, 99. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2007, 623, che precisa come sia comunque inadempiente «il medico che non informa – con onere della prova a suo carico – il paziente circa l'inadeguatezza della struttura ospedaliera [...]». Si incrocia a questo proposito la problematica della configurabilità della scriminante *de qua* in presenza di reati colposi. In generale viene ammessa da parte della dottrina, che ritiene che si possa acconsentire anche alla sola esposizione a pericolo del bene giuridico, restando però ferme l'assoluta indisponibilità del bene vita e la solo parziale disponibilità del bene integrità fisica (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Bologna 2007, 519 ss.; MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 248 ss.). La giurisprudenza prevalente è invece di opinione contraria e tende ad escludere l'efficacia scriminante del consenso nei reati colposi (per tutte: Cass., sez. IV, 2 novembre 1978, Ciccone, in *Giust. pen.* 1979, II, 177).

⁹ *Ex multis* Cass., sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, in *Dir. e giust.* 2006, 20, 80; Trib. Torino, 3 luglio 2006, Muti, in *Cass. pen.* 2007, 761, con nota di MARRA, *La mancanza di un valido consenso del paziente al trattamento chirurgico non può trasformare la colpa del medico in dolo*; Cass., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.* 2009, 66, con nota di PIETRA, *Trattamento medico chirurgico arbitrario: un'assenza legislativa non più tollerabile*; Cass., S.U., 18 dicembre 2008 n. 2437, in *Guida al dir.* 2009, 7, 54 e in *Dir. pen. proc.* 2009, 447, con nota di PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*.

¹⁰ PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., 427. Sul consenso informato si rinvia a PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, Vol. I, *I Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, IV ed., Padova 2006, 178 ss.; PELISSERO, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici* in *Dir. pen. proc.* 2005, 372; VIGANÒ, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. med. leg.* 2004, 141; ARRIGONI, *Riflessioni sul trattamento medico chirurgico arbitrario*, in *Dir. pen. proc.* 2004, 1264; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, II, *I delitti colposi*, cit., 289 ss.; PARODI, NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico* in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, a cura di Bricola e Zagrebelsky, Torino 1996, 389 ss.; EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico penali* in *Riv. it. med. leg.* 1995, 727; MANTOVANI F., *La responsabilità del medico* in *Riv. it. med. leg.* 1980, 19 e in *Umanità e razionalità nel diritto penale*, Padova 2008, 1276. Secondo un più risalente orientamento – accolto dalla giurisprudenza tradizionale ma oggi superato – il trattamento medico chirurgico sarebbe un atto intrinsecamente illecito, non punibile in ragione

1. necessità terapeutica dell'intervento;
2. proporzione tra i benefici attesi e i sacrifici imposti¹¹;

della causa di giustificazione di cui all'art. 50 c.p., poiché il consenso informato del paziente escluderebbe l'antigiuridicità obiettiva del fatto commesso. In questi termini si è espressa la nota sentenza *Massimo*, dove la Suprema Corte ha precisato che «soltanto il consenso, manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto l'antigiuridicità del fatto e rendere questo legittimo» (Cass., sez. V, 21 aprile 1992, *Massimo*, in PISA, *op. cit.*, 198 e in *Cass. pen.* 1993, 37). A questa teoria si è obiettato che il consenso dell'avente diritto non potrebbe giustificare *diminuzioni permanenti dell'integrità fisica* come l'amputazione di un arto: l'integrità fisica infatti, in quanto bene giuridico relativamente disponibile, è gravato dai limiti di cui all'art. 5 c.c. Al contrario, la causa di giustificazione che legittima il trattamento terapeutico (e anche quello sperimentale, ma non la chirurgia meramente estetica, per la quale si ritorna all'art. 50 c.p.) è l'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51 c.p.: infatti l'attività medico chirurgica terapeutica è un'attività intrinsecamente lecita, in quanto giuridicamente autorizzata perché socialmente utile (F. MANTOVANI, *op. et loc. ult. cit.*; PELISSERO, *op. cit.*, 378; ARRIGONI, *op. cit.*, 1266). Negli stessi termini ha avuto modo di esprimersi la giurisprudenza più recente: Cass., sez. IV, 9 marzo 2001, n. 585, *Barese*, in PISA, *op. cit.*, 202, e in *Cass. pen.* 2002, 517, dove la Suprema Corte precisa come il consenso informato del paziente abbia valore di presupposto di liceità del trattamento terapeutico, salvi i casi di urgenza improcrastinabile, in relazione ai quali opererebbe la causa di giustificazione dello stato di necessità ex art. 54 c.p.; Cass., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1572, *Firenzani*, in PISA, *op. cit.*, 213, e in *Cass. pen.* 2002, 2041, dove si precisa che «l'attività medica richiede per la sua validità e concreta liceità, al di fuori di casi del tutto eccezionali, la manifestazione del consenso del paziente, che non si identifica con quello di cui all'art. 50 c.p., ma costituisce un presupposto di liceità del trattamento medico chirurgico»; Cass., sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, in *Dir. e giust.* 2006, 20, 80; Cass., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.* 2009, 66, con nota di PIETRA, *Trattamento medico chirurgico arbitrario*, cit. Per contro, la nota sentenza Cass., sez. IV, 29 maggio 2002, *Volterrani*, in PISA, *op. cit.*, 218 e in *Cass. pen.* 2003, 1945, nella quale la Suprema Corte – ferma restando l'illiceità di un trattamento terapeutico reso a fronte di un espresso dissenso – precisa che debba invece «ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di un esplicito consenso». Infatti, non avendo il governo esercitato la delega legislativa prevista nella legge di ratifica della Convenzione di Oviedo del 1997, il fondamento di liceità del trattamento terapeutico viene riscontrato nell'«esistenza di uno stato di necessità generale e, per così dire, “istituzionalizzato”, intrinseco cioè ontologicamente all'attività terapeutica». Infine, le Sezioni Unite hanno recentemente «escluso la rilevanza penale – con riguardo sia al reato di cui all'art. 582 c.p., sia a quello di cui all'art. 610 c.p. – della condotta del medico che sottoponga il paziente ad un trattamento chirurgico diverso da quello in relazione al quale era stato prestato il consenso informato, nel caso in cui l'intervento, eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis*, si sia concluso con esito fausto, essendo da esso derivato un apprezzabile miglioramento delle condizioni di salute, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo» (Cass., S.U., 18 dicembre 2008 n. 2437, in *Dir. pen. proc.* 2009, 447, con nota di PELISSERO, *Intervento medico*, cit. e in *Guida al dir.* 2009, 7, 54; nello stesso senso, *ex multis*, Cass., sez. IV, 14 marzo 2008, n. 11335, in *Dir. pen. proc.* 2009, 66, con nota di PIETRA, *Trattamento medico chirurgico arbitrario*, cit.; Cass., sez. VI, 14 febbraio 2006, n. 11640, in *Dir. e giust.* 2006, 20, 80; Trib. Torino, 3 luglio 2006, *Muti*, in *Cass. pen.* 2007, 61, con nota di MARRA, *La mancanza di un valido consenso del paziente*, cit.).

¹¹ Cass., sez. IV, 1 luglio 2008, n. 33384, in *Guida al dir.* 2008, 40, 85.

3. consenso del paziente (che per essere valido deve essere informato, personale e reale)¹²;
4. rispetto da parte del medico delle *leges artis* della professione medica;
5. idoneità tecnica e strutturale del presidio ospedaliero¹³.

In questa prospettiva la dottrina più attenta esclude la possibilità che il paziente possa acconsentire a un trattamento pericoloso a causa di carenze strutturali, poiché «l'idoneità del luogo ove l'intervento viene eseguito» deve essere considerata requisito autonomo di legittimità del trattamento e linea di confine fra rischio consentito e non consentito, «onde assicurare la disponibilità di strutture e attrezzature sanitarie adeguate alla natura, difficoltà e rischiosità dell'intervento. Requisito, anche questo, talvolta fissato dalla stessa legge, che sottopone ad autorizzazione ministeriale gli istituti e gli ospedali in cui si svolgono determinate attività» (ad es. la legge 1 aprile 1999 n. 91, in materia di trapianti¹⁴), «o comunque, desumibile dalle indicazioni della miglior scienza ed esperienza mediche»¹⁵.

Il secondo orientamento emerso in giurisprudenza si fonda su una diversa interpretazione della posizione di garanzia del personale sanitario: l'obbligo giuridico del medico di tutelare la salute dei pazienti si estende (nella forma di obbligo di controllo) anche alla verifica dell'idoneità delle strutture e del corretto funzionamento delle attrezzature di cui il medico si avvale¹⁶.

¹² Il consenso potrà essere presunto in tutti i casi in cui il paziente non sia in grado di esprimerlo (per impossibilità materiale) e sussista l'urgenza terapeutica. PALAZZO, *op. et loc. ult. cit.*.

¹³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 270.

¹⁴ La legge del 1999 prevede l'istituzione di «Centri per i trapianti» nelle strutture sanitarie dotate dei requisiti tecnici previsti e il divieto assoluto di eseguire trapianti altrove. Pertanto l'esito infausto di un trapianto, pur eseguito da un medico esperto e senza urgenza terapeutica, in un struttura priva di espressa autorizzazione potrebbe configurare una colpa specifica, nella forma della cosiddetta *colpa per assunzione*, per violazione di legge. In materia di autorizzazione ministeriale all'esecuzione di trapianti si rinvia a SANGIULIANO, *Diritto sanitario*, cit., 352.

¹⁵ F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, cit., 19 e in *Umanità e razionalità*, cit., 1276; IDEM, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 70.

¹⁶ *Ex multis* Cass., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, in *Guida al dir.* 2009, 11, 66.; Cass., sez. IV, 4 giugno 2008, n. 35307, in *Guida al dir.* 2008, 43, 89, dove si precisa che, «per attribuire al sanitario una posizione di garanzia, vale a dire quella funzione di garante della vita e della salute del paziente che lo rende responsabile delle condotte colpose che abbiano cagionato una lesione di questi beni, è sufficiente che si sia instaurato un rapporto sul piano terapeutico tra paziente e sanitario». Cass., sez. IV, 2 marzo 2002, n. 2638, in *Cass. pen.* 2002, 574; nello stesso senso anche Trib. Genova, 12 luglio 2008, in corso di pubblicazione su *Riv. it. med. leg.*, con nota di MADEO, *La responsabilità penale del ginecologo e del chirurgo in attività d'équipe. Profili problematici di diritto sostanziale* e Trib. Bologna, 10 settembre 2008, n. 1956, in *Guida al dir.* 2008, 42, 102.

L'obbligo di garanzia¹⁷ del personale medico si caratterizza per la *fonte giuridica*, poiché deriva dal complesso normativo che disciplina il settore dell'assistenza sanitaria e del Servizio Sanitario Nazionale. Queste norme sono espressione del principio di solidarietà sociale sancito dall'art. 2 della Costituzione, nonché attuazione nella normativa di dettaglio del diritto alla salute riconosciuto dall'art. 32 Cost. come *fondamentale*¹⁸. In particolare vengono in rilievo gli artt. 14 e 25 della legge 833 del 1978, che fanno carico al personale del Servizio Sanitario Nazionale dell'obbligo di cura verso i pazienti, nonché l'art. 63 del d.p.r. n. 761 del 1979 e l'art. 15 del d.lgs. 502 del 1992 che disciplinano le qualifiche soggettive dei medici del Servizio Sanitario, attribuendo a ciascuna figura i rispettivi compiti e definendone l'ambito di responsabilità¹⁹. L'obbligo di ga-

¹⁷ BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, V ed., Padova 2003, 125; DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 2005, 225; FRESA, *op. cit.*, 328; GARGANI, *Ubi culpa, ibi omisso: la successione dei garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, 581; GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe* in *Dir. pen. proc.* 2006, 6, 753; IADECOLA, *Il medico è sempre garante della salute* in *Dir. e giust.* 2005, 15, 70; IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria*, nota a Cass., 29 settembre 2005, Sciortino, in *Cass. pen.*, 2007, 143; IADECOLA, BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano 2009, 68 ss.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 151 ss.; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, cit., 19 ss. e in *Umanità e razionalità*, cit., 1276 ss.; F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2001, 349; F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi* in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2004, 984; M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. pen.* 1999, 1195; MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.* 1984, 398; RIVERDITI, *Responsabilità dell'assistente medico per gli errori terapeutici del primario. La mancata manifestazione del dissenso da sempre luogo a una responsabilità per mancato impedimento dell'evento?*, nota a Cass., sez. IV, 17 novembre 1999, n. 2906, Zanda, in *Cass. pen.* 2001, 154; ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, nota a Cass., 29 settembre 2005, Sciortino, in *Ind. pen.*, 2007, 727; TRAMONTANO, *Causalità attiva e passiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*, in *Foro it.*, 1997, II, 417; VALLINI, *Una severa regula iuris formulata dalla Cassazione a proposito di un caso di corresponsabilità colposa tra primario e assistente ospedaliero*, nota a Cass. Sez. IV, 17 novembre 1999, n. 2906 Zanda, in *Dir. pen. proc.* 2000, 1626; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, II, *I delitti colposi*, cit., 211.

¹⁸ F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, cit., 169; LEONCINI, *op. cit.*, 151; FRESA, *op. cit.*, 328; IADECOLA, BONA, *op. cit.*, 69. In giurisprudenza, Cass., sez. IV, 2 marzo 2002, n. 2638, in *Cass. pen.* 2002, 574, dove si precisa che gli operatori di una struttura sanitaria (medici e paramedici) sono tutti *ex lege* portatori di una *posizione di garanzia*, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto *ex artt. 2 e 32* della Costituzione, nei confronti dei pazienti, la cui salute devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità; nello stesso senso anche Cass., sez. IV, 7 aprile 2004, Ardovino, in *Riv. pen.*, 2005, 778; Cass., sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 9739, in *Riv. it. med. leg.* 2005, 195 e in *Cass. pen.* 2006, 2399; Cass., sez. IV, 2 marzo 2000, Troiano, in *Cass. pen.* 2002, 574; Cass., sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti, in *Cass. pen.* 1992, 2726; Trib. Bologna, 10 settembre 2008, n. 1956, cit.

¹⁹ IADECOLA, BONA, *op. cit.*, 68 ss.. Il d.lgs. 502/1992 di riordino del Sistema Sanitario Nazionale non prevede più la tripartizione «primario – aiuto – assistente» (detti anche me-

ranza del medico si differenzia da un semplice obbligo di attivarsi non solo perché i garanti sono predeterminati dalle norme prima dell'insorgenza della situazione di pericolo, ma anche perché sono dotati di adeguati *poteri impeditivi* dell'evento lesivo come, ad esempio, il potere del primario di emanare direttive vincolanti per il personale di reparto e di avocare a sé i casi clinici più complessi²⁰.

dico in posizione apicale – intermedia – iniziale) ma la bipartizione fra dirigenti medici di II e di I livello. La disciplina della dirigenza del ruolo sanitario è stata infine radicalmente innovata dal d.lgs. 229/1999 che ha sostituito l'articolazione in due livelli introdotta nel 1992 con un unico ruolo di dirigenza sanitaria, a sua volta distinto in due profili professionale: il dirigente sanitario di prima assunzione e il dirigente (definito dall'art. 15 *terdecies* del d.lgs. 502/1992 come modificato dal d.lgs. 254/2000 «direttore») di struttura complessa (SANGIULIANO R., *op. cit.*, 394.). Il dirigente medico di II livello o direttore di struttura complessa è responsabile della gestione del personale (medico e para medico) con precisi compiti di indirizzo, di direzione e di verifica dell'attività diagnostica e terapeutica, spettando a lui le scelte operative relative alle indagini diagnostiche e alle modalità di intervento chirurgiche o farmacologiche. Vigente la precedente normativa dottrina e giurisprudenza sostenevano la responsabilità del medico in posizione apicale – in quanto titolare di una posizione di garanzia sulla salute dei pazienti – in rapporto ai delitti di lesioni personali colpose e di omicidio colposo dovuti a colpa del medico in posizione subalterna. Il suo ruolo non sarebbe infatti limitato solo ai casi di particolare difficoltà o complessità: l'art. 63 impone un generale dovere di verifica delle prestazioni di diagnosi e di cura, nonché in ordine alle istruzioni e alle direttive che deve aver impartito ai suoi collaboratori (Cass., sez. IV, 7 dicembre 1999 in *Cass. pen.* 2000, 583; Cass., sez. IV, 19 gennaio 1999 in *Cass. pen.* 2000, 358). La più recente giurisprudenza (Cass., sez. IV, 29 settembre 2005, Sciortino, in *Cass. pen.*, 2007, 143, con nota di IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe*, cit., e in *Ind. pen.*, 2007, 727, con nota di ROIATI, *Il medico in posizione apicale*, cit.) ha ritenuto sostanzialmente validi questi principi anche alla luce della riforma intervenuta con i d.lgs. n. 502/1992 e n. 229/1999. La modifica di ordine terminologico (tutti i medici sono qualificati come «dirigenti») rispecchia un'attenuazione della forza del vincolo gerarchico tra il primario e i suoi collaboratori. Ma questa attenuazione non ha comportato l'eliminazione del potere – dovere del medico in posizione apicale di impartire direttive generiche e specifiche, di controllare l'attività autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura e di verificare la corretta osservanza delle sue disposizioni, nonché il fondamentale potere residuale di avocare a sé la gestione di singoli casi clinici. *Contra* Pret. di Vibo Valentia 15 marzo 1999, Garruzzo, in *Cass. pen.* 1999, 1726 e in *Riv. it. med. leg.* 2000, 875 e App. Caltanissetta 15 gennaio 2003 in *Foro it.* 2005, 2, 621.

²⁰ In argomento desta particolare interesse la recentissima Cass., sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, in *Guida al dir.* 2009, 11, 66, nella quale la Suprema Corte precisa come dalla semplice posizione di garanzia del medico (che esaurisce la sua funzione sul piano della tipicità oggettiva) non si possa automaticamente far discendere la responsabilità per colpa in caso di esito infausto. Infatti, premesso che «l'instaurazione della relazione terapeutica tra medico e paziente è la fonte della posizione di garanzia che il primo assume nei confronti del secondo e da cui deriva l'obbligo di agire a tutela della salute e della vita, [...] tale obbligo non può assumere una estensione astratta e illimitata, bensì deve essere definito nell'ambito di organizzazioni mediche complesse tenendo conto delle competenze specialistiche specifiche dei sanitari coinvolti nel trattamento terapeutico e delle relazioni gerarchiche tra gli stessi intercorrenti». In altri termini il giudice di merito dovrà accertare se il rispetto della regola cautelare (ovvero l'esaurimento dell'obbligo di controllo) fossero esigibili nelle circostanze concrete secondo il consueto parametro di riferimento dell'agente modello del medico specialista.

I confini applicativi della posizione di garanzia del medico e la sua estensione sul piano dell'elemento oggettivo sono tracciati dai due elementi della *possibilità* e della *idoneità* dell'azione impeditiva²¹. In altri termini, il garante sarà tenuto a compiere ogni azione possibile (non ad esempio la somministrazione di un farmaco di cui si sono esaurite tutte le scorte per una improvvisa epidemia) e idonea secondo il parametro normativo della *miglior scienza ed esperienza del momento storico* ad impedire il verificarsi dell'evento lesivo. Sul piano della colpa si può invece affermare che il contenuto dell'obbligo di garanzia e quello dell'obbligo di diligenza (pur restando astrattamente e concettualmente distinti)²² nelle circostanze concrete spesso coincidono²³: il garante sarà tenuto a fare non genericamente «tutto il possibile per impedire l'evento» ma (solo) a compiere l'azione impeditiva indicata dalle regole cautelari, che nelle fattispecie in esame saranno naturalmente le *leges artis* della scienza medica, e risponderà soltanto qualora l'evento lesivo fosse prevedibile ed evitabile secondo il parametro dell'agente modello di riferimento²⁴.

Questa posizione di garanzia si manifesta non solo come *posizione di protezione* della salute del paziente ma anche come vera e propria *posizione di controllo* del medico in ordine alla funzionalità ed efficienza degli impianti presenti nel reparto²⁵. In dottrina si ritiene il medico – in particolare il primario²⁶ – responsabile della *continuità qualitativa e quantitativa*

²¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 129.

²² L'obbligo di garanzia attiene alla causalità mentre l'obbligo di diligenza alla colpa; il primo infatti – a differenza del secondo – caratterizza anche i reati dolosi. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 171, nota 47.

²³ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 615 ss. Gli Autori precisano come nell'ambito del delitti omissivi impropri, «quanto a contenuto dovere di diligenza e obbligo di impedire l'evento finiscono, nell'ipotesi concreta, con l'intersecarsi e coincidere: il garante cioè è tenuto a fare, per impedire la verifica di determinati eventi, quanto gli è imposto dall'osservanza delle regole di diligenza dettate dalla situazione particolare». FIANDACA, voce *Omissione*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino 1994, 557.

²⁴ Per una lucida applicazione del criterio dell'agente modello in tema di posizione di controllo del primario ginecologo sulla sicurezza delle culle incubatrici si veda Cass., sez. IV, 5 dicembre 2007 n. 1553, in *Foro it.* 2008, 10, 517, analizzata al paragrafo n. 3.

²⁵ Cass. Sez. IV, 7 dicembre 1999, n. 1126, in *Riv. it. med. leg.* 2005, 441. Si tenga poi presente che il codice deontologico prevede all'art. 14 l'obbligo per i medici di «operare al fine di garantire le più idonee condizioni di sicurezza del paziente e contribuire all'adeguamento dell'organizzazione sanitaria, alla prevenzione e gestione del rischio clinico anche attraverso la rilevazione, segnalazione e valutazione degli errori al fine del miglioramento della qualità delle cure. Il medico al tal fine deve utilizzare tutti gli strumenti disponibili per comprendere le cause di un evento avverso e mettere in atto i comportamenti necessari per evitarne la ripetizione; tali strumenti costituiscono esclusiva riflessione tecnico-professionale, riservata, volta alla identificazione dei rischi, alla correzione delle procedure e alla modifica dei comportamenti».

²⁶ Per comodità nella trattazione continueremo a utilizzare la denominazione tradizionale di «primario» in luogo di quella di «direttore di struttura complessa» prevista dall'art. 15 del d.lgs. 502/1992 relativo alla *Disciplina della dirigenza medica e delle profes-*

dell'assistenza dei degenti con precisi compiti non solo di controllo dell'efficienza delle apparecchiature e di vigilanza sul rispetto delle norme di sicurezza ma, soprattutto, con obblighi di attivarsi per far rimuovere dagli organi amministrativi competenti le situazioni di pericolo venutesi a creare, ad esempio, a causa di attrezzature ormai obsolete o in non buone condizioni di funzionamento²⁷.

Dalla posizione di controllo sull'adeguatezza della struttura deriva l'obbligo di formale segnalazione di ogni carenza o funzionamento difettoso, con richiesta agli uffici competenti delle riparazioni e degli acquisti necessari. L'adempimento di quest'obbligo può avere effetto liberatorio della responsabilità penale sotto il profilo della mancanza di colpa: nessun rimprovero, infatti, potrà essere mosso al medico laddove (nell'impossibilità oggettiva di trasferire il paziente presso un presidio più attrezzato) mancanze, disfunzioni e carenze della struttura dipendano esclusivamente da scelte di politica gestionale e finanziaria, ovvero da inerzia e negligenza degli organi amministrativi. Infatti il medico non è responsabile delle decisioni relative all'adeguamento della struttura e dei mezzi tecnici e diagnostici con cui si trova ad operare; queste scelte sono canalizzate sulla dirigenza amministrativa dell'ente e spesso limitate da vincoli di bilancio e da decisioni imposte a livello politico regionale²⁸.

Si può allora sintetizzare che dalla posizione di controllo sull'adeguatezza della struttura, deriva per il medico:

sioni sanitarie nella versione attualmente in vigore a seguito delle modifiche intervenute nel 1999 e nel 2000. In generale sulla posizione di garanzia del «primario» si rinvia a Cass., 29 settembre 2005, Sciortino, in *Cass. pen.*, 2007, 143, con nota di IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe*, cit., e in *Ind. pen.*, 2007, 727, con nota di ROIATI, *Il medico in posizione apicale*, cit.

²⁷ FRESA, *op. cit.*, pag. 345. La dottrina già nei primi anni '80 precisava che «con riferimento al luogo, va rilevato che non tutti gli ospedali hanno le stesse attrezzature e a volte il medico deve intervenire anche al di fuori dell'ambito ospedaliero, fermo restando che il luogo inidoneo gioca a favore del medico solo se è necessitato o comunque non preordinato. In tal senso si deve considerare la decisione che ha considerato non colposa la condotta del medico, il quale, anziché disporre il possibile immediato trasferimento della paziente nel vicino ospedale, ha eseguito il raschiamento dell'utero sul tavolo da cucina, sì da provocare un'emorragia non tamponata tempestivamente, con la conseguente morte della paziente» (il riferimento è al caso definito da Cass., sez. III, 17 gennaio 1959, Liroy e altri, in *Giust. Pen.* 1959, fasc. II, col. 945). «Esatta invece la decisione secondo la quale al chirurgo che esegue un intervento in una sala operatoria regolarmente attrezzata e fornita di personale, non si possono attribuire, normalmente, responsabilità per eventuali deficienze nella sterilizzazione dei ferri e, in genere, delle apparecchiature di sala, poiché questi compiti spettano ad altri; ma se il chirurgo accetta di operare in assenza di ausiliari, ricercando da se stesso gli strumenti necessari e, magari, disponendo da se stesso il lettino operatorio, ecc..., si assume naturalmente l'onere di ogni verifica e di ogni manovra occorrente per il buon esito dell'operazione» (RIZ, *Colpa penale per imperizia del medico: nuovi orientamenti*, in *Ind. pen.* 1983, 275).

²⁸ ALEO, CENTONZE, LANZA, *op. cit.*, 274. In questi termini si è di recente espressa Cass., sez. IV, 5 dicembre 2007 n. 1553, in *Foro it.* 2008, X, 517.

1. l'obbligo di formale segnalazione di ogni carenza o funzionamento difettoso, richiedendo tempestivamente agli uffici aziendali competenti le riparazioni e gli acquisti necessari;
2. l'obbligo – qualora il paziente non versi in condizioni tali di urgenza da rendere improcrastinabile l'intervento – di indirizzare e trasferire il malato presso una struttura sanitaria più attrezzata e idonea a rendere in tutta sicurezza il trattamento terapeutico necessario.

In questo filone giurisprudenziale si inserisce la più significativa pronuncia della Suprema Corte in materia di responsabilità del medico per carenze o difetti strutturali²⁹. Si tratta di un caso di morte della madre durante il parto causata da un'intensa emorragia interna che i sanitari non riuscirono a contrastare per l'assenza di una scorta di sacche di sangue e l'impossibilità di eseguire il necessario intervento di isterectomia per l'indisponibilità della sala operatoria. La Suprema Corte, nel condannare il medico, precisa che la responsabilità colposa del personale sanitario non si configura solo qualora il medico si faccia carico di un caso clinico senza la capacità professionale di gestirlo, ma pure qualora l'esito infausto o insoddisfacente derivi da un'inidoneità della struttura, dal lui conosciuta o conoscibile secondo il parametro dell'agente modello del medico specialista³⁰.

Emerge una concezione innovativa della *colpa per assunzione*, arricchita dal dovere del medico – quale titolare di una posizione di garanzia sulla salute dei degenti – non solo di valutare la propria competenza professionale, ma anche di verificare che la struttura di ricovero sia idonea e fornita di tutti i mezzi e i presidi necessari ad affrontare e contrastare efficacemente la patologia di cui risulti affetto il paziente.

²⁹ Cass., Sez. IV, 9 febbraio 2000, De Donno, in *Cass. pen.* 2002, 226. Accertato che la paziente al momento del ricovero presentava un quadro clinico tale da far temere l'insorgere di possibili complicanze (ma compatibile con la possibilità di trasferire la paziente presso una struttura più attrezzata), la Cassazione ritiene i medici che decisero di seguire il parto nonostante le carenze della struttura responsabili di omicidio colposo «poiché il medico, qualora la struttura sanitaria risulti inidonea, o sfornita dei mezzi e dei presidi necessari ad affrontare e risolvere la specifica patologia di cui il paziente sia portatore, anche in relazione a probabili complicanze, ha il dovere giuridico di disporre il trasferimento del paziente in altra struttura idonea adottando tutte le opportune cautele». Conformi anche le recenti Cass., sez. IV, 25 settembre 2007, n. 44765, *inedita* (in <<http://dejure.giuffre.it/>>) e Cass., sez. IV, 5 dicembre 2007, n. 1553, in *Foro it.* 2008, 10, 517.

³⁰ In termini analoghi anche la giurisprudenza civile attribuisce al medico l'obbligo giuridico di indirizzare il paziente verso una struttura più idonea, quale specificazione della sua posizione di garanzia: Cass. Civ., sez. III, 5 luglio 2004 n. 12273, in *Dir. e giust.* 2004, 33, 28, dove si precisa «che il medico deve valutare con prudenza e scrupolo i limiti della propria adeguatezza professionale, e deve inoltre adottare tutte le misure volte a ovviare alle carenze strutturali e organizzative incidenti sugli accertamenti diagnostici e sui risultati dell'intervento: se ciò, tuttavia, non è possibile, il medico deve consigliare al paziente di ricoverarsi in una struttura più idonea».

Questo orientamento ha trovato un'autorevole conferma in una recente pronuncia in cui la Suprema Corte, nel caso di lesioni gravissime ad un neonato cagionate dall'insorgere durante il parto di una grave insufficienza respiratoria, riscontra profili di colpa dei medici non solo nella scelta di un farmaco errato ma, soprattutto, nel non aver tempestivamente trasferito la paziente in un ospedale con attrezzature e competenze migliori. Infatti si decise di seguire lo stesso il parto pur in una struttura in grado di offrire solo «cure minime e non invasive, [...] deficitario sotto molti punti di vista, tra i quali [...] l'insufficiente numero di medici neonatologi assegnati, la dotazione di un solo respiratore – privo degli accessori necessari al funzionamento in vivo e senza che alcun medico fosse mai stato istruito nella sua applicazione»³¹, la mancanza di attrezzature essenziali all'assistenza perinatale (ad esempio tubi endotracheali adatti a neonati prematuri).

In relazione invece al cattivo funzionamento di attrezzature e apparecchiature presenti nella struttura ospedaliera, la giurisprudenza ritiene ogni medico titolare di una posizione di controllo sull'efficienza e sicurezza delle attrezzature.

Il problema si è posto principalmente nel caso di erogazione nel corso di un intervento chirurgico (a causa del difettoso funzionamento dell'impianto di erogazione dei gas medicali) di protossido di azoto invece di ossigeno, con conseguente intossicazione del paziente. La Suprema Corte ha avuto modo di precisare che i titolari del dovere di verificare il corretto funzionamento dell'impianto dopo un intervento di ristrutturazione (con conseguente responsabilità per omicidio colposo *ex art. 40, c. 2 c.p.*) non sono solo il direttore sanitario della struttura e i tecnici che avevano gestito l'esecuzione dei lavori, ma anche l'anestesista, «che ha l'obbligo di sorvegliare e controllare che tutte le apparecchiature siano in regola e non sussistano difetti di funzionamento. Tale azione deve essere effettuata prima dell'intervento e del trattamento»³².

³¹ Cass., Sez. IV, 25 settembre 2007 n. 44765, *inedita*; nello stesso senso anche Cass., sez. IV, 5 dicembre 2007 n. 1553, in *Foro it.* 2008, 10, 517.

³² Cass., sez. IV, 4 novembre 1983, in *Cass. pen.* 1986, 283. Nello stesso senso anche Cass., sez. IV, 11 gennaio 1995 n. 4385, in *Riv. pen.* 1996, 794. Per la posizione di garanzia dell'anestesista bisogna avere riguardo all'art. 1 della legge n. 653 del 5 agosto del 1954, a tenore del «quale il medico anestesista pratica direttamente sui malati, sotto la propria responsabilità, gli interventi per anestesia, *sorvegliando* l'andamento del trattamento; esprime il proprio motivato parere sulle condizioni del malato in relazione al trattamento anestetico in tutto quanto possa essere richiesto nei riguardi del servizio di anestesia». In una risalente sentenza la Suprema Corte ha avuto modo di precisare che, in applicazione del principio di affidamento nella sua accezione più forte, in una «équipe medica, che svolge un'operazione chirurgica, l'anestesista è deputato a controllare lo stato di insensibilità del paziente all'azione chirurgica, la sua reazione e magari la sua sicurezza dal punto di vista circolatorio, mentre non ha nessuna competenza e, quindi, nessun incarico di porre o estrarre tamponi dalla cavità soggetta all'operazione» (Cass., sez. IV, 9 aprile 1984, Passarelli, in *Cass. pen.* 1985, 2233). Nello stesso senso anche Cass.

In un caso più recente la Cassazione ha ritenuto responsabile anche il primario del reparto di anesthesiologia, in quanto titolare del dovere di verificare personalmente o, quanto meno, di dare apposite disposizioni nell'esercizio dei suoi poteri di controllo e di direzione, affinché venissero attivati gli indicatori in grado di rilevare e misurare i gas medicali, per controllare che l'erogazione avvenisse in condizioni di assoluta sicurezza dopo i lavori di ristrutturazione³³.

Dopo questa disamina della giurisprudenza si può concludere che di fronte alla morte o lesione del paziente per inidoneità strutturale il medico andrà esente da responsabilità solo in due ipotesi:

1. nel caso di urgenza terapeutica tale da rendere improcrastinabile l'intervento e, pertanto, impossibile il trasferimento presso un ospedale più attrezzato³⁴;

Sez. IV, 15 luglio 1991, Rappazzo, in *Giust. pen.* 1992, 223 e Cass., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 41674, in *Riv. pen.* 2005, 1408.

³³ Si legge infatti in Cass., sez. IV, 11 gennaio 1995, n. 4385 che «qualora all'interno di un ospedale vengano eseguiti lavori sull'impianto di erogazione dei gas medicinali e di anestesia afferenti ad una sala operatoria, l'obbligo di verificare il corretto funzionamento del detto impianto, al fine di garantire la ripresa dell'attività chirurgica senza pericolo per i pazienti in dipendenza dei lavori realizzati, incombe, oltre che sul responsabile tecnico amministrativo della struttura sanitaria e sui soggetti ai quali è demandata la materiale esecuzione dei lavori detti, sul primario ospedaliero responsabile del reparto di anestesia che deve, prima di consentire la ripresa dell'attività nella sala operatoria, accertare, direttamente o delegando un medico o un paramedico, che l'erogazione avvenga regolarmente» (Cass., sez. IV, 11 gennaio 1995 n. 4385, in *Riv. pen.* 1996, 794). Analoga drammatica vicenda si è verificata nel maggio del 2007 all'Ospedale di Castellaneta, dove a seguito dell'inspiegabile decesso di un paziente cardiopatico ricoverato nel reparto di terapia intensiva e al conseguente sequestro dell'U.O. in questione, si è accertato che per un errore di collegamento della linea dell'ossigeno alla linea principale di distribuzione del protossido di azoto agli altri reparti, l'impianto di ventilazione forzata erogava questo letale gas anestetico in luogo dell'O₂. Il processo penale, a quanto risulta, è ancora in corso.

³⁴ In questi termini – in dottrina – VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per «medical malpractice»*, in *Corr. mer.* 2006, 971. Desta particolare interesse la recente Cass., sez. IV, 31 gennaio 2008, n. 13942, in *Riv. pen.* 2008, 623, che nel definire con assoluzione il caso di un'ostetrica (figura professionale cui è vietato seguire parti non fisiologici) che, non riuscendo ad ottenere l'intervento del medico, aveva personalmente eseguito manovre e procedura le quali, in quanto «atti medici», sarebbero stati di competenza del ginecologo, e che causarono lesioni permanenti al neonato, precisa che «non versa in colpa colui che cagiona delle lesioni personali per la propria imperizia, quando, pur privo delle necessarie competenze e capacità, si assume in condizioni di urgenza indifferibile un compito riservato a soggetto qualificato, atteso che in tal caso l'agente non era tenuto a prevedere le possibili conseguenze della sua condotta». In termini analoghi, Trib. Milano, Uff. ind. prel., 30 giugno 2007, in *Foro ambrosiano* 2007, 179, dove si precisa che «in tema di responsabilità medica, non sono ravvisabili gli estremi della negligenza colposa in capo al medico che, in sede di pronto soccorso e, dunque, nell'ambito di una situazione d'urgenza, abbia svolto solo oralmente la propria indagine in ordine a possibili allergie da farmaco del paziente, senza provvedere a documentare l'anamnesi svolta nel verbale di pronto soccorso, posto che la carenza di documentazio-

2. ovvero qualora la struttura (pur astrattamente adeguata al trattamento di quella patologia) fosse risultata solo a posteriori e in concreto inadeguata, in conseguenza di una complicità imprevedibile secondo il consueto parametro dell'agente modello del medico specialista.

3. *La responsabilità degli organi di vertice delle Aziende sanitarie*

Esaurita l'analisi del primo livello di responsabilità – quello del personale medico – affrontiamo ora il secondo livello, quello degli organi di vertice delle aziende sanitarie³⁵.

Giova premettere che gli enti pubblici (Aziende sanitarie o Aziende ospedaliere) e privati cui è istituzionalmente demandata l'erogazione delle prestazioni sanitarie devono essere dotati delle strutture e delle attrezzature necessarie a rendere il servizio in assoluta sicurezza per i pazienti. Non sarà ovviamente esigibile che ogni presidio ospedaliero disponga dei mezzi e dei supporti migliori, cioè all'avanguardia e maggiormente innovativi (si deve sempre considerare che il sistema degli acquisti delle attrezzature sanitarie è basato sull'asta pubblica, nella cui definizione, oltre a requisiti di qualità del prodotto, concorre anche il prezzo).

Per contro sarà esigibile solo un livello essenziale ed uniforme di sicurezza, indicato da specifiche normative cautelari, ovvero desumibile dalle indicazioni della scienza e della tecnica del momento storico.

La riforma del Servizio sanitario in senso aziendalistico, che ha interessato gli anni '90 del secolo scorso, ha certamente reso più nitidi e definiti i confini fra la responsabilità del medico e quella della struttura, lasciando però aperta in tutta la sua criticità la questione dell'individuazione all'interno delle strutture sanitarie complesse del soggetto penalmente responsabile.

È necessario premettere che in ambito civile la responsabilità della struttura sanitaria (come persona giuridica) è pacificamente ammessa e ricondotta allo schema dell'inadempimento contrattuale³⁶.

ne, ricollegabile alla predetta situazione di urgenza, perde rilevanza ove sia comunque possibile accertare, anche tramite prova testimoniale, che la condotta del sanitario sia stata conforme ai canoni di prudenza e diligenza medica».

³⁵ VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, II, *I delitti colposi*, cit., 201 ss.; SBORRA, *op. cit.*, 120 ss.; FRESA, *op. cit.*, 362 ss.; DE DONNO A., LOPEZ, SANTORO, DE DONNO P., INTRONA, *op. cit.*, 625; ALEO, CENTONZE, LANZA, *op. cit.*, 267; LORÉ, MARTINI, *op. cit.*, 403.

³⁶ La responsabilità della struttura è ormai pacificamente ammessa in ambito civilistico. Ed è qualificata come responsabilità da inadempimento delle obbligazioni, valorizzandone appunto la natura contrattuale: l'ente ospedaliero risponde ex art. 1218 c.c. per i danni subiti dal paziente a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un proprio dipendente. Tale responsabilità discende dall'art. 1228 c.c.,

Nella prospettiva della responsabilità penale è invece necessario individuare i soggetti effettivamente responsabili all'interno delle strutture sanitarie complesse. Non si può infatti configurare una responsabilità amministrativa della persona giuridica, poiché – al di là dei limiti imposti dal catalogo dei reati presupposto³⁷ – sia le Aziende sanitarie locali, che le Aziende ospedaliere rientrano fra gli *altri enti pubblici non economici* espressamente esclusi dall'art. 1, c. 3 dall'ambito di applicazione del d.lgs. 231/2001³⁸.

secondo cui il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde dei fatti dolosi e colposi di questi. Invece il medico che opera nell'ambito della struttura sanitaria risponde autonomamente ex art. 1218 per *responsabilità da contatto sociale qualificato*. L'onere della prova è parzialmente a favore del danneggiato con innegabile vantaggio per il paziente «creditore» – soprattutto in ipotesi di carenze strutturali e organizzative, dove l'individuazione del soggetto responsabile è particolarmente gravosa – e incentivo a seguire nei casi in cui il procedimento penale sia rimesso alla querela della persona offesa la strada della tutela solo risarcitoria. È interessante notare come la predisposizione di adeguate strutture e di un idoneo apparato organizzativo sia ritenuto dalla prevalente giurisprudenza oggetto di apposita obbligazione contrattuale, distinta – ma cumulativa – rispetto a quella di mettere a disposizione del paziente personale medico qualificato. Per tutte: Cass. Civile, sez. III, 19 maggio 1999, n. 4852, in *Danno e responsabilità* 1999, 1104; Cass. Civile Sez. Un., 1 luglio 2002 n. 9556 in *Dir. e giust.* 2002, 34, 21; Cass. civile, sez. III, 14 luglio 2004, n. 13066 *inedita*; Cass. Civile Sez. III 28 maggio 2004 n. 10297 in *Dir. e giust.* 2004, 28, 37; Cass. civile Sez. Un., 11 gennaio 2008 n. 577 in *Resp. civ. e prev.* 2008, 4, 849 dove si legge che il «paziente danneggiato che chiede il risarcimento deve limitarsi a provare il contratto con la struttura sanitaria (o il “contatto sociale” con il medico), l'aggravamento della patologia o l'insorgenza di un'affezione; all'ammalato-creditore basterà allegare un inadempimento del debitore che sia “qualificato”, cioè astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato: starà poi al debitore dimostrare che l'inadempimento non c'è stato o che, pur esistendo, esso non è stato rilevante sotto il profilo eziologico». Sul punto si rinvia ad ALPA G., *La responsabilità medica* in *Riv. it. med. leg.*, 1999, 15 e a IADECOLA, BONA, *op. cit.*, 240.

³⁷ Alcuni reati sono astrattamente compatibili con le funzioni degli organi di vertice delle strutture sanitarie: ad esempio i delitti di omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commessi con violazione della normativa sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro sono compresi nel catalogo dei reati presupposto (ex art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001).

³⁸ Gli enti pubblici economici sono titolari d'impresa ed esercitano l'attività imprenditoriale avvalendosi esclusivamente degli strumenti del diritto privato (CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, IX ed., Milano 2007, 233). Le strutture sanitarie – pur avendo acquisito il *nomen juris* di «aziende» – non possono essere considerate enti pubblici economici (ROSSI, *Responsabilità «penale amministrativa» delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in Rossi (a cura di), *Reati societari*, Torino 2005, 518; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale, parte generale*, diretto da Grosso, Padovani e Pagliaro, Vol. IV, Milano 2008, 123; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in Antolisei, *Manuale di diritto penale. Le leggi complementari*, XIII ed. a cura di Grosso, Milano 2007, 856 ss.; SBORRA, *op. cit.*, 121). Infatti, anche a voler prescindere dall'orientamento che richiede che tali enti operino in regime di concorrenza e con un'esclusiva finalità di profitto, elemento essenziale per la qualificazione di un ente pubblico come «economico» resta l'esercizio di un'attività d'impresa, cioè di produzione o scambio di beni o servizi. Per contro le aziende sanitarie non perseguono alcun fine di lucro e non «scambiano» secondo una logica di sinallagma contrattuale la prestazione sanitaria

La giurisprudenza, nelle rare pronunce sull'argomento, ha da sempre valorizzato la normativa di settore (in particolare l'art. 3 del d.lgs. 502/1992 come riformato dal d.lgs. 229/1999) quale fonte di posizioni di garanzia alternative a quelle del personale medico, secondo il principio dell'effettività delle funzioni esercitate alla stregua dell'ordinamento interno dell'azienda³⁹.

Vengono così in rilievo i vertici amministrativi dell'Asl: le tre figure apicali del direttore generale, del direttore sanitario e del direttore amministrativo (art. 3, c. 4 d.lgs. 502/1992), che potranno essere chiamati a rispondere per omesso impedimento *ex art. 40, c. 2 c.p.* di un evento lesivo dovuto a una carenza strutturale o organizzativa riconducibile ad ambiti organizzativi e funzionali di loro competenza (originaria o delegata)⁴⁰.

Analogo discorso vale anche nel caso di strutture sanitarie private che, per espressa previsione normativa, devono dotarsi di un direttore sanitario competente sull'*organizzazione tecnico funzionale e sul buon andamento dei servizi igienico sanitari*; in questo caso sarà necessario riferirsi all'organigramma aziendale per individuare le specifiche posizioni di garanzia, sempre secondo il principio dell'effettività delle funzioni esercitate alla stregua dell'ordinamento

contro un corrispettivo: l'eventuale pagamento del *ticket* deve essere considerato non retribuzione dell'attività ma compartecipazione attraverso una tassa alla spesa sanitaria (FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, parte generale*, Padova 2008, 17 ss.) La sottoposizione dell'attività a regole privatistiche e a vincoli di efficienza ed economicità esaurisce la sua funzione a livello di prescrizione comportamentale volta a rendere l'azione del Servizio Sanitario nel suo insieme più efficace e meno costosa, e non basta per qualificare l'erogazione di prestazioni sanitarie come attività in senso lato imprenditoriale (del resto alla luce della legge 241/2001 sul procedimento amministrativo, l'intera attività amministrativa soggiace agli stessi principi). Nel senso delle Asl come enti pubblici non economici, Tar. Toscana, sez. II, 17 settembre 2003, n. 5101, in <<http://dejure.giuffre.it/>>; conforme anche Corte di Giustizia CE, 11 luglio 2006, n. 205, in *Servizi pubbl. e appalti* 2006, fasc. 4, pag. 673. *Contra* Trib. Reggio Calabria, 30 aprile 2003, in *Giur. mer.* 2004, pag. 154. In realtà la legge delega (l. 300/2000) all'art. 11 prevedeva quale ulteriore requisito l'esercizio di pubblici poteri, alla luce del quale sarebbe stato difficoltoso far rientrare fra gli enti esclusi le aziende *de quibus*.

³⁹ SBORRA, *op. cit.*, 121.

⁴⁰ In proposito destano estremo interesse i disegni di legge n. 1183 e 1067 del 2008, attualmente all'esame della Commissione Igiene e Sanità del Senato. In particolare il d.d.l. n. 1183, in tema di *Misure per la tutela della salute e per la sicurezza nell'erogazione delle cure e dei trattamenti sanitari e gestione del rischio clinico*, oltre a definire espressamente direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo come «datore di lavoro» (art. 2), prevede una serie di obblighi specifici di tutela della salute dei pazienti che spaziano dall'adozione di misure generali per l'organizzazione e la continuità del servizio (art. 4), alla predisposizione di misure specifiche di monitoraggio, controllo e verifica della qualità delle prestazioni sanitarie erogate e all'obbligo di sostituzione o manutenzione delle attrezzature obsolete o non funzionanti (art. 7): la semplice violazione di questi obblighi è sanzionata, qualora il fatto non costituisca i più gravi reati di omicidio e lesioni, a titolo di autonome contravvenzioni (art. 11). Sono previste infine particolari competenze della Regione in ordine al monitoraggio della qualità e della sicurezza nell'erogazione delle prestazioni sanitarie.

interno⁴¹: così in una recente pronuncia relativa ad un incendio scoppiato in una camera iperbarica la Cassazione ha ritenuto i due amministratori delegati della clinica privata titolari di una posizione di protezione sulla salute dei pazienti specularmente a quella del direttore generale di una Asl⁴².

Tornando alle strutture pubbliche, il principale destinatario dei precepi penali è il direttore generale, che risulta titolare di tutti i poteri di gestione e di controllo ed è responsabile dell'amministrazione complessiva dell'azienda, di cui ha anche la rappresentanza legale⁴³. È *datore di lavoro* ai sensi e agli effetti della normativa antinfortunistica (d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81)⁴⁴ e responsabile del corretto smaltimento dei rifiuti.

Attesa la vastità delle competenze e delle attribuzioni del direttore generale, la giurisprudenza ha ammesso non di rado l'effetto liberatorio⁴⁵ della delega di funzioni – a condizione del loro effettivo ed autonomo esercizio da parte del delegato – con la conseguenza di canalizzare la responsabilità penale sulle diverse figure del direttore sanitario, del direttore amministrativo ovvero di altri *manager* sanitari (ad esempio il direttore dell'ufficio tecnico dell'azienda)⁴⁶. In questi termini si è espressa una recente pronuncia della Suprema Corte che, precisando come gli obblighi di garanzia connessi all'esercizio di una professione sanitaria possano essere delegati, ha chiarito che, affinché la delega di funzioni sia valida ed abbia effetto liberatorio nei confronti dell'organo apicale, è necessario che «il delegato sia persona capace e competente nel settore e che il delegante tenga sempre conto delle peculiarità del caso in esame, dell'eventuale carattere di urgenza che lo stesso presenta e della gravità dello stato di salute del paziente»⁴⁷.

Il direttore sanitario si occupa, invece, della «direzione dei servizi sanitari ai fini organizzativi e igienico-sanitari». Fra le sue competenze assu-

⁴¹ DE FALCO G., *Compiti e responsabilità del direttore delle case di cura private. Profili penali*, in *Cass. pen.*, 1997, 604.

⁴² Cass., sez. IV, 5 dicembre 2003, n. 4981, Ligresti e altri, in *Dir. e prat. del lav.* 2004, 1919.

⁴³ Cass., S.U., 19 giugno 1996, Di Francesco, in *Foro it.* 1997, 2, 78.

⁴⁴ Per tutte, Cass., sez. III, 22 gennaio 2004, n. 14777, in *Dir. e prat. del lav.* 2004, 971 e Cass., sez. III, 29 novembre 2000, n. 3408, inedita (in *dejure.giuffre.it*). Nello stesso senso anche Trib. Udine, 10 ottobre 2007, in *Guida al dir.* 2008, 14, 84.

⁴⁵ È necessario ricordare come resti dubbio – anche nel settore del diritto penale dell'impresa – se la delega di funzioni comporti un trasferimento totale dell'obbligo penalmente rivalente, con conseguente soluzione liberatoria, ovvero se in capo al delegante residui un obbligo di controllo sull'attività delegata. SBORRA, *op. cit.*, 123.

⁴⁶ In relazione alla normativa sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, il direttore generale assume la qualifica di datore di lavoro: pertanto la delega di funzioni dovrà soddisfare i requisiti oggi previsti dall'art. 16 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81, ricordando la distinzione fra funzioni delegabili e non delegabili, come (fra le non delegabili) il dovere di vigilanza sul corretto adempimento degli obblighi da parte del delegato.

⁴⁷ Cass., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39609, inedita (in <http://dejure.giuffre.it/>).

mono particolare rilievo quelle relative all'allocazione delle risorse umane e tecnico-strumentali e l'obbligo di verificare la regolarità e l'efficienza dell'assistenza ai degenti, nonché le condizioni igieniche della struttura⁴⁸.

Infine il direttore amministrativo dirige i servizi amministrativi dell'azienda e, insieme al direttore sanitario, svolge le altre funzioni loro espressamente delegate dal direttore generale.

Per meglio comprendere come operi l'istituto della delega di funzioni all'interno di una moderna azienda sanitaria si è ritenuto utile analizzare l'esperienza di un importante ospedale pediatrico genovese, l'istituto «Giannina Gaslini»⁴⁹.

Il Consiglio di amministrazione (organo equivalente al direttore generale delle ordinarie Aziende sanitarie⁵⁰) con apposita delibera delinea l'organizzazione interna dell'azienda, individuando le Unità operative, i rispettivi compiti e le attribuzioni dei dirigenti responsabili. In particolare viene in rilievo l'U.O. «Gestione dei servizi tecnici e logistici», che oltre a svolgere le mansioni proprie di un ufficio tecnico si occupa anche della «gestione della manutenzione ordinaria e straordinaria sulle strutture edili, impianti ed attrezzature anche elettromedicali»⁵¹, e il «Servizio di prevenzione e protezione» che si occupa, fra l'altro, della «programmazione ed esecuzione di attività di analisi preventiva, monitoraggio e verifica di fatti o situazioni suscettibili di rischio per operatori e fruitori degli spazi e delle attrezzature»⁵².

Questi uffici hanno predisposto dei protocolli di verifica dell'adeguatezza delle strutture sanitarie e della sicurezza delle attrezzature medicali, prevedendo controlli periodici regolari, in aggiunta agli interventi mirati provocati dalle segnalazioni dei responsabili dei singoli reparti. Di particolare interesse sono le procedure di gestione dei rischi nei blocchi operatori,

⁴⁸ Cass., sez. IV, 16 dicembre 2004, n. 7663, inedita (in <<http://dejure.giuffre.it/>>) nella quale la Suprema Corte ebbe modo di precisare che «il direttore sanitario dell'azienda ospedaliera, tra le cui competenze è compresa l'allocazione delle risorse umane e di quelle tecnico-strumentali, dirige i servizi sanitari ai fini organizzativi ed igienico-sanitari: a lui spettano quindi poteri e doveri di vigilanza ed organizzazione tecnico-sanitaria, ivi compresi quelli relativi alla tutela dei lavoratori che svolgono la propria attività nei luoghi della struttura aziendale, anche con riguardo alle condizioni di salute del lavoratore che venga destinato ad uno specifico incarico per rapporto alle mansioni in concreto esercitate».

⁴⁹ Oltre all'analisi delle delibere e dei capitolati citati nel testo, sono stati molto utili i colloqui con il dott. Giuseppe Giusti (Direttore Amministrativo), l'ing. Gaetano Tufaro (Direttore U. O. Gestione servizi tecnici e logistici) e il dott. Ubaldo Rosati (Direttore del Centro di controllo direzionale e servizio qualità delle prestazioni).

⁵⁰ Infatti l'Istituto Gaslini gode della natura giuridica peculiare di *Istituto di ricerca e cura a carattere scientifico* e mantiene la struttura amministrativa precedente alle riforme istitutive e attuative del Servizio sanitario nazionale.

⁵¹ Delibera del Consiglio di amministrazione n. 23 del 22 marzo 1999.

⁵² Delibera del Consiglio di amministrazione n. 23 del 22 marzo 1999.

che si articolano in un protocollo di verifica più approfondito da eseguirsi all'inizio di ogni seduta chirurgica (esteso, ad esempio, al controllo del corretto flusso dei gas medicali – ossigeno e azoto – all'apparecchio di anestesia/evacuazione) e in un controllo più rapido prima di ogni intervento (ad esempio dell'identità del paziente – tutti i malati sono dotati di un braccialetto identificativo – e della corrispondenza dell'intervento che ci si accinge ad eseguire con quello programmato). Vengono inoltre individuati i soggetti responsabili di ogni singola tipologia di controllo nel chirurgo capo *équipe*, nell'anestesista e nell'infermiere di sala operatoria.

Quanto alle procedure di verifica periodica delle attrezzature, tutta l'attività di prevenzione e manutenzione relativa ad apparecchiature elettromedicali è stata affidata ad una società esterna mediante una gara pubblica, il cui capitolato speciale prevede dettagliatamente la tipologia e la cadenza periodica dei controlli: si tratta di un caso paradigmatico di trasferimento contrattuale della posizione di garanzia (*rectius* di controllo), con residuo obbligo in carico al responsabile dell'Ufficio tecnico di vigilanza sull'adempimento delle obbligazioni contrattuali (che in questa particolare ipotesi sono del tutto sovrapponibili agli obblighi di garanzia *ex art.* 40, c. 2 c.p.).

Le particolari competenze degli organi amministrativi sono state valorizzate dalla giurisprudenza (nelle davvero sporadiche pronunce sull'argomento) per attribuire ai vertici aziendali specifiche e precise posizioni di garanzia, i cui confini applicativi sono delimitati dall'ampiezza delle competenze stesse (originarie o delegate).

La Cassazione, così argomentando, ha riconosciuto la responsabilità concorrente del direttore sanitario e del direttore amministrativo in un caso di morte di un paziente dovuta a complicanze post-operatorie che non furono tempestivamente contrastate per l'assenza nella struttura ospedaliera di un'adeguata assistenza notturna e di un servizio di intervento immediato. Entrambi vengono chiamati a rispondere *ex art.* 113 c.p. delle carenze e dei difetti della struttura, in particolare, «per non aver predisposto una organizzazione almeno sufficiente e tale da rendere comunque possibile quel minimo di assistenza notturna post-operatoria che tutti gli interventi chirurgici eseguiti in anestesia impongono»⁵³.

Sempre in applicazione di questi principi una recente pronuncia della Suprema Corte ha ritenuto responsabili sia il direttore generale che il direttore sanitario di una Asl – in cooperazione colposa con il primario della divisione di ostetricia e ginecologia – della morte di un neonato per ipertermia cagionata dal funzionamento difettoso dell'incubatrice nella quale era stata posta la vittima⁵⁴. I profili di colpa consistono nell'omesso adeguamento alla normativa CE, che impone che queste apparecchiature

⁵³ Cass., sez. IV, 3 ottobre 1995, n. 10093, *inedita*.

⁵⁴ Cass., sez. IV, 5 dicembre 2007 n. 1553, in *Foro it.* 2008, 10, 517.

siano dotate di un allarme acustico che si attivi al superamento della temperatura di 40° C, nonché di aver deciso la modifica del sistema di manutenzione da periodica a quello, meno sicuro, cosiddetto «a chiamata».

Il direttore generale e il direttore sanitario rispondono per avere deciso e deliberato il mutamento del sistema di manutenzione con uno di minore affidabilità. La Corte ha escluso che fosse loro rimproverabile il mancato adeguamento alla normativa CE, sul rilievo che questa contestazione avrebbe dovuto essere rivolta solo al dirigente dell'Ufficio tecnico (non coinvolto nel procedimento), tenuto ad una dettagliata conoscenza della normativa in materia; invece la scelta di un sistema di controllo inidoneo risulta rimproverabile alla luce del parametro dell'agente modello di riferimento.

Il primario, «avendo tra i suoi compiti quello di assicurare l'efficiente e regolare gestione» delle attrezzature sanitarie, «doveva vigilare perché fosse costantemente controllato il perfetto funzionamento delle incubatrici»: ne consegue che debba rispondere per aver tollerato un sistema inidoneo e continuato a utilizzare queste apparecchiature in condizioni di pericolo per i pazienti⁵⁵.

Si può quindi affermare che le figure apicali saranno generalmente chiamate a rispondere – limitatamente alle proprie competenze originarie o delegate – ex art. 40 cpv. del mancato impedimento di eventi lesivi cagionati da strutture non idonee per mancanza o malfunzionamento di apparecchiature o attrezzature medicali, ovvero per carenze organizzative o assenza di personale qualificato.

Sarà esclusa invece la loro responsabilità per difetto dell'elemento soggettivo della colpa qualora non fossero – né potessero essere alla luce del parametro dell'*agente modello* – a conoscenza della carenza strutturale o organizzativa. Nel caso invece di impossibilità finanziaria per mancanza delle necessarie risorse economiche si verserebbe in una di quelle ipotesi in cui l'azione doverosa (astrattamente idonea ad impedire l'evento) non è in concreto esigibile, poiché il garante non è oggettivamente in grado di porre in essere l'intervento impeditivo⁵⁶. Ne consegue la non punibilità dell'inerzia in quanto atipica: il reato omissivo viene meno proprio perché trova il suo limite logico (prima che giuridico) nell'impossibilità materiale di adempiere all'obbligo di agire⁵⁷.

⁵⁵ Cass., sez. IV, 5 dicembre 2007 n. 1553, cit..

⁵⁶ Per l'esclusione della *suitas* per «forza maggiore» si sono invece espressi: LORÉ, MARTINI, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di strutture sanitarie*, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, 408; DE DONNO A., LOPEZ, SANTORO, DE DONNO P., INTRONA, *op. cit.*, 629. POTETTI, *Individuazione del soggetto penalmente responsabile all'interno delle strutture complesse, con particolare considerazione per le strutture sanitarie*, nota a Cass., sez. IV, 11 dicembre 2002, n. 4827, Perilli, in *Cass. pen.* 2004, 2403.

⁵⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, cit., 129.

In altri termini, se il dirigente ha correttamente adempiuto al suo obbligo di controllo e ha individuato difetti o carenze della struttura, sui quali non è potuto intervenire efficacemente per mancanza delle risorse economiche necessarie, non potrà essergli mosso alcun rimprovero a titolo di colpa⁵⁸; questo principio resta valido a condizione che non vi fosse la possibilità – in piena sicurezza per gli interessati – di sospendere il servizio e trasferire o indirizzare i pazienti presso strutture più idonee⁵⁹.

4. La responsabilità degli organi politici competenti sul servizio sanitario

L'esclusione della punibilità dei vertici aziendali per i casi di c.d. *impossibilità finanziaria* lascerebbe residuare una possibile responsabilità degli organi politici regionali, segnatamente, dell'Assessore alla sanità. Si individuerrebbe così un terzo livello di soggetti responsabili, chiamati a rispondere di scelte di politica economica e di bilancio sindacabili da parte del giudice penale nei limiti in cui si riesca a provare una loro incidenza diretta sulla qualità e sulla sicurezza del servizio⁶⁰.

Non vi è ragione poi per escludere anche una responsabilità di livello nazionale – del Ministro o del Sottosegretario competenti, ovvero di dirigenti ministeriali, con la possibilità di aggiungere ai tre livelli di responsabilità già analizzati anche un quarto⁶¹ – qualora l'inadeguata gestione delle strutture esistenti a livello locale sia una conseguenza diretta di loro scelte operative⁶².

⁵⁸ La mancanza di risorse non deve essere intesa in senso assoluto: le risorse possono anche essere presenti nel patrimonio della Asl ma non essere disponibili in quanto vincolate dal bilancio ad altri capitoli di spesa.

⁵⁹ Ed è proprio alla luce di analoghe considerazioni che la Suprema Corte, nel ritenere l'organo apicale di una Asl non responsabile dell'eccessiva esposizione a radiazioni del personale medico, ha precisato che «non si può prescindere dalla valutazione di dati obiettivi quali la complessità della struttura e l'articolazione burocratica della organizzazione cui il soggetto è posto al vertice, i canali informativi e i mezzi operativi dei quali dispone, i tempi e le procedure occorrenti alla loro operatività» (Cass., sez. II, 20 maggio 1985, n. 198, in *Foro it.* 1986, 2, 1932).

⁶⁰ *Contra* POTETTI, *op. cit.*, 2404. L'Autore ritiene che la responsabilità degli organi politici andrebbe circoscritta alle sole ipotesi in cui non siano stati utilizzati capitoli di bilancio già destinati a coprire determinate spese per l'innovazione e il miglioramento delle strutture. Non vi sarebbe alcuna responsabilità di fronte a decisioni di spesa derivanti da scelte politiche o discrezionali: infatti si tratterebbe di valutazioni insindacabili sia per il giudice amministrativo che per il giudice ordinario, civile e penale.

⁶¹ Il Ministero della Salute, oltre alle competenze di programmazione relative all'emanazione del Piano sanitario nazionale, ha competenze decisive in materia di monitoraggio e vigilanza sulla qualità e sicurezza dell'erogazione delle prestazioni sanitarie.

⁶² In tema di responsabilità penale omissiva di organi politici per reati commessi nell'attività di gestione amministrativa desta particolare interesse Cass., sez. IV, 16 gennaio 1998, in *Dir. pen. proc.* 1998, 1407, che pone il principio di diritto in relazione al

Più nel dettaglio, fra le competenze della Regione emerge l'adozione di norme che regolino la gestione economica, patrimoniale e finanziaria della Aziende sanitarie, nonché la programmazione dell'attività di assistenza e di cura attraverso l'emanazione del *Piano sanitario regionale*⁶³.

Per configurare una responsabilità colposa ex art. 40, c. 2 c.p. dell'Assessore o di altro organo regionale competente non basteranno carenze strutturali circoscritte e di poco conto (ad esempio l'assenza di farmaci, garze, strumenti chirurgici localizzata in un piccolo ospedale periferico). Questi soggetti potranno essere chiamati a rispondere, anche penalmente, solo di gravi e agevolmente riconoscibili disfunzioni, come l'assenza di mezzi terapeutici complessi (ad esempio la Tac in un Dea – Dipartimento di emergenza e accettazione di II livello, cioè un grande ospedale regionale, oppure l'eccessiva riduzione di posti letto a fronte di una prevedibile pandemia influenzale)⁶⁴, ovvero gravi carenze di personale o obsolescenza diffusa di attrezzature, cagionate direttamente da scelte, anche politiche, di contenimento della spesa sanitaria: ad esempio la decisione di non assumere infermieri o di non procedere a nuovi acquisti di mezzi diagnostici e terapeutici⁶⁵.

Un'ultima riflessione merita il titolo di responsabilità – dolosa o colposa – in ragione del quale possono essere chiamati a rispondere gli organi politici e amministrativi. Prevalentemente si tratterà di ipotesi colpose, come sono state qualificate le poche fattispecie definite dalla giurisprudenza; ma non può certo aprioristicamente escludersi il dolo eventuale, qualora il soggetto si sia rappresentato la possibilità concreta che dalla carenza strutturale (di cui è a conoscenza) potessero derivare la morte o la lesione di qualche paziente e, ciò nonostante, abbia omesso i necessari interventi, *accettando il rischio* del verificarsi dell'evento.

quale sul sindaco di un comune grava una posizione di controllo sulla sicurezza delle strade comunali, valorizzabile ex art. 40, c. 2 per configurare una responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento in caso di morte o lesioni causate dai cosiddetti *trabocchetti o insidie stradali*. In tema di responsabilità (non penale ma contabile) di organi politici è interessante Corte Conti, sez. I, 10 ottobre 1990, n. 199, in *Riv. amm. it.* 1991, 660, che afferma la responsabilità amministrativa del presidente e dell'assessore alla sicurezza sociale di una amministrazione provinciale per aver determinato all'acquisto di una attrezzatura radiologica sofisticata e costosa un ospedale psichiatrico che non ne aveva la necessità e che non presentava strutture logistiche ed impianti idonei per riceverla, né personale medico e paramedico adeguato per garantirne il funzionamento.

⁶³ Il Piano sanitario regionale deve dare attuazione alle disposizioni del Piano sanitario nazionale, integrando i *livelli minimi, essenziali ed uniformi di assistenza* in questo previsti. È emanato dalla Giunta regionale ed ha durata triennale (artt. 1 e 2 d.lgs. 502/1992, come innovato nel 1999).

⁶⁴ Si pensi al caso in cui le carenze di posti letto per malati acuti – imputabile alla programmazione politico sanitaria regionale – obblighi i medici in periodi di prevedibili pandemie influenzali a ricoverare pazienti in reparti non di pertinenza: ad esempio anziani con problemi respiratori in reparti di ostetricia o di chirurgia, con rischio di trasmissione di malattie batteriche o virali a puerpere o a pazienti nel decorso post operatorio.

⁶⁵ In dottrina, A. DE DONNO, LOPEZ, SANTORO, P. DE DONNO, INTRONA, *op. cit.*, 631.

LA RESPONSABILITÀ MEDICA IN ÉQUIPE

di Lucia Gizzi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'elaborazione giurisprudenziale. – 3. La divisione del lavoro tra medici specialisti in diverse discipline. – 3.1. Lo scioglimento anticipato dell'equipe medica. – 3.2. I rapporti tra chirurgo e anestesista. – 4. I rapporti tra sanitari di tipo gerarchico. – 4.1. La posizione del primario. – 4.2. Il medico ospedaliero in posizione subalterna. – 4.3. Lo specializzando. – 5. I rapporti tra medici e personale paramedico.

1. Premessa

Lo svolgimento di attività medico-chirurgica in *équipe*, caratterizzato dall'intervento e dalla cooperazione di più sanitari che interagiscono tra loro per il conseguimento di un fine comune, pone controverse questioni in relazione all'individuazione del dovere di diligenza che grava su ciascun componente dell'*équipe* stessa¹.

¹ Sul tema della responsabilità colposa nell'attività medica in *équipe*, si veda: ALEO, CENTONZE, LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007, 277; AMBROSETTI, PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico in équipe*, Torino, 2003; AVECONE, *La responsabilità penale del medico*, Padova, 1984, 151; BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986, 265; BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2003, 693; BLAIOTTA, *La Causalità nella responsabilità professionale*, Milano, 2004, 119; ID., *La colpa*, in Codice penale, art. 43, a cura di Lattanzi-Lupo, Giuffrè, 2005, 429; CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'equipe in tema di responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2006, 2834; CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955; 154; GIUNTA F., *Medico (responsabilità penale del)*, in *Diritto penale*, Milano, 2008, 892; FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, vol. I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di Canestrari, Torino, 2006, 748; ID., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008, 365; GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1; IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, 51; ID., *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, in *Giur. mer.*, 1997, 226; ID., *Colpa professionale*, in *Dizionario dir. pubbl.*, diretto da Cassese, vol. II, Milano, 2006, 961; ID., *La responsabilità medica in equipe alla luce della rinnovata disciplina della della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. pen.*, 2007, 143; MANTOVANI F., *La responsabilità del medico*, in

Nelle ipotesi di trattamento medico multidisciplinare, infatti, più sanitari pongono in essere una condotta pericolosa per la vita e l'integrità psico-fisica del paziente e sono, perciò, destinatari di una serie di regole cautelari di diverso contenuto, ma finalizzate a prevenire il medesimo evento lesivo. Ciò pone il problema di stabilire se ciascun medico dell'*équipe*, oltre al rispetto delle *leges artis* proprie del suo ambito di competenza e di specializzazione, sia tenuto a osservare un più ampio e generale obbligo cautelare, avente ad oggetto il controllo e la vigilanza dell'altrui operato; e, conseguentemente, se risponda di eventuali comportamenti colposi, riferibili ad altri componenti dell'*équipe*, che abbiano causato o contribuito a causare l'evento lesivo.

Secondo la prevalente dottrina, quando la condotta del singolo agente interferisce con quella di altri soggetti, come accade appunto nell'attività medico-chirurgica di gruppo, la determinazione della concreta regola di diligenza da osservare nel caso concreto è condizionata dal cosiddetto principio di affidamento, in forza del quale ciascun soggetto non è tenuto a regolare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ben potendo fare affidamento sulla circostanza che gli altri agiscano lecitamente, ossia osservando gli obblighi di diligenza su di loro incombenti².

Il principio di affidamento consente, allora, di porre un limite all'estensione del dovere di diligenza dei medici che collaborano nell'attività terapeutica – limite che si risolve nell'esonero dall'adozione di misure volte a fronteggiare gli altrui comportamenti colposi –, conciliando così il principio della personalità della responsabilità penale con il fenomeno, tipico in ambito medico, della crescente specializzazione e della divisione del lavoro³.

Riv. it. med. leg., 1980, 21; MANTOVANI M., *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. pen.*, 1999, 1195; ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1053; MARINUCCI, MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, 217; MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, IV, 410; PARODI, NIZZA, *La responsabilità penale del medico*, Roma, 1996, 125; RIZ, *Medico (responsabilità penale)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 14; TRAMONTANO, *Causalità attiva e omissiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*, in *Foro it.*, 1997, II, c. 417; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, 193.

² Sul principio di affidamento, si veda per tutti: M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento della teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

³ Nel senso che il principio di affidamento risponde all'esigenza di circoscrivere l'ambito del dovere oggettivo di diligenza incombente su ciascuno entro limiti compatibili con il carattere personale della responsabilità penale: ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 151; BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, cit., p. 275; FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale*, pt. gen., Bologna, 2002., 499; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, pt. gen., Padova, 2001, 353; PALAZZO, *Il fatto di reato*, Torino, 2004, 140; PULITANÒ, *Diritto penale*, pt. gen., Torino, 2005, 384.

Se nelle ipotesi di cooperazione di più sanitari nel trattamento medico-chirurgico, infatti, il dovere di diligenza incombente su ciascuno di essi dovesse estendersi alla prevenzione dell'altrui negligenza, il fatto stesso della collaborazione di più soggetti, invece di semplificare e rendere più sicura l'attività di gruppo, si convertirebbe in un fattore di ostacolo e intralcio al suo svolgimento. Il principio di affidamento, nell'ambito dell'attività curativa in *équipe*, consente invece al singolo sanitario che partecipa all'attività diagnostica e terapeutica di dedicarsi, con la dovuta esclusività e concentrazione, ai compiti specifici di sua competenza e di adempierli al meglio, libero dalla costante preoccupazione di controllare l'altrui operato.

L'operatività del principio di affidamento, quale criterio di distribuzione degli obblighi e della relative responsabilità nell'ambito dell'attività medico-chirurgica svolta in *équipe*, non è però assoluta, ma deve sottostare a dei limiti. Essi vengono tradizionalmente ravvisati, da un lato, nella posizione apicale e gerarchicamente sovraordinata di un sanitario, il cosiddetto capo-*équipe*, rispetto agli altri, che fa sorgere a suo carico un obbligo di vigilare e sorvegliare l'operato dei suoi collaboratori; dall'altro, nell'esistenza di una concreta situazione fattuale che possa infirmare l'originaria aspettativa di un altrui comportamento conforme ai doveri di diligenza, prudenza e perizia, come avviene nell'ipotesi in cui, a causa dell'altrui condotta colposa, è già esistente una situazione di pericolo per il paziente, ovvero vi è ragione di temere che essa si verifichi a causa delle concrete circostanze di fatto, percepite o percepibili dall'agente (quali, ad esempio, le cattive condizioni di salute di un collega, la sua giovane età o comunque la sua inesperienza professionale, l'altrui distrazione)⁴.

In queste ipotesi, dunque, vengono meno le limitazioni al dovere di diligenza indotte dal principio di affidamento: su ognuno dei medici che ha in cura il paziente incomberà, allora, non solo l'obbligo di eseguire con diligenza e perizia i propri specifici compiti, ma anche l'obbligo di prevenire e neutralizzare l'altrui comportamento inosservante delle *leges artis*, con la conseguenza che, in caso di mancato o scorretto adempimento di questo ulteriore dovere cautelare, è configurabile, a suo carico, una responsabilità penale per l'evento lesivo verificatosi.

⁴ In tal senso: ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, cit., 169; BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito medico-chirurgica in "équipe"*, cit., c. 168; BLAIOTTA, *La colpa*, cit., 429; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., 303; MANTOVANI M., *Sui limiti del principio di affidamento*, cit., 1195; PALAZZO, *Il fatto di reato*, cit., 140; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 501; IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, cit., 78; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, cit., 21; MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, cit., 78.

2. *L'elaborazione giurisprudenziale*

Si intende, di seguito, ripercorrere brevemente l'elaborazione giurisprudenziale sul tema dell'accertamento della responsabilità penale dei singoli partecipanti al trattamento medico di gruppo che ha avuto esito infausto, tentando di individuare i criteri guida che presiedono, nella prassi giurisprudenziale appunto, a questa verifica. A tal fine, si ritiene opportuno distinguere i differenti casi in cui, all'attività diagnostica e terapeutica, partecipano una pluralità di sanitari in cooperazione tra loro, a seconda che i medici dell'*équipe* si trovino in posizione paritaria con differenziazione di competenze, ovvero in rapporto gerarchico.

3. *La divisione del lavoro tra medici specialisti in diverse discipline*

Nell'ambito del lavoro medico-chirurgico di *équipe* vengono in considerazione, innanzitutto, i rapporti tra sanitari di uguale posizione gerarchica, ma di diversa qualificazione professionale, che prestano la loro attività curativa sul medesimo paziente. In queste fattispecie, i rapporti tra sanitari partecipanti all'*équipe* danno luogo a un fenomeno di divisione del lavoro in senso orizzontale, nel quale cioè tutti i medici, specialisti in diverse discipline, sono posti su un piano paritario e adempiono le loro diverse funzioni in piena autonomia e in attuazione delle *leges artis* dei rispettivi settori di intervento, cooperando pur sempre, tra loro, per il conseguimento di un fine unico e comune: la salvaguardia del paziente in cura.

L'analisi della giurisprudenza formatasi intorno al problema dell'attribuzione della responsabilità penale all'interno dell'*équipe*, in caso di esito infausto del trattamento medico-chirurgico multidisciplinare, con particolare riferimento all'*équipe* composta da specialisti di diversi rami della scienza medica, tra cui il lavoro è distribuito in ragione del rispettivo ambito di competenza, consente di rilevare come la Suprema Corte – la quale, per molto tempo, si è limitata a un approccio empirico e casistico della tematica – abbia elaborato, in alcune recenti pronunce, un parametro teorico di portata generale su cui basare, appunto, la decisione dei singoli casi concreti.

I giudici di legittimità hanno ritenuto che

[...] in tema di colpa professionale, nel caso di *équipe* chirurgiche e, più in generale, in quello in cui ci si trovi di fronte a ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, sia pure svolta non contestualmente, ogni sanitario, oltre al rispetto dei canoni di diligenza e di prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, è tenuto a osservare gli obblighi a ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune e unico. Ne consegue che ogni sanitario non

può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pur specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio o facendo in modo che si ponga opportunamente rimedio a errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio.

Il principio enucleato dalla Cassazione sembra ampliare il contenuto del dovere di diligenza incombente sul sanitario per il fatto di svolgere l'attività terapeutica in collaborazione con altri specialisti, gravandolo, non solo dell'obbligo di eseguire in modo diligente e perito le specifiche mansioni a lui affidate, ma dell'ulteriore obbligo di vigilare, in modo puntuale e pedissequo, l'altrui operato. La Suprema Corte, quindi, pone a carico dei medici, che prestano la loro attività professionale in gruppo, un generale e reciproco dovere di controllo, indipendentemente dal ruolo ricoperto dal singolo all'interno dell'*équipe*, nonché dal carattere contestuale o successivo degli apporti prestati dai diversi professionisti.

Tuttavia, il principio enucleato è temperato dal riferimento agli «errori evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle conoscenze scientifiche del professionista medio». Se la divisione del lavoro tra sanitari specialisti in diversi rami della scienza medica non esonera, di per sé, ciascuno di essi dal verificare la correttezza dell'altrui operato, si deve però sottolineare che la responsabilità del singolo sussisterà, per violazione del dovere di controllo, solamente qualora la condotta colposa del collega si concretizzi nell'inosservanza di quelle *leges artis* non già specialistiche, bensì generiche, appartenenti cioè al patrimonio professionale di ciascun medico in quanto tale, e sia resa evidente dalle concrete circostanze di fatto.

È proprio il riferimento, che la Suprema Corte fa per circoscrivere il dovere di diligenza gravante su ciascun partecipante al lavoro di gruppo, al carattere non settoriale dell'errore del collega e alla sua evidenza sulla base delle comuni conoscenze scientifiche del professionista sanitario, che consente di ritenere che i giudici di legittimità abbiano aderito al principio di affidamento cosiddetto relativo o temperato, conciliando così le esigenze di tutela della vita e dell'integrità psico-fisica del paziente con il principio della personalità della responsabilità penale.

Un obbligo di controllo sull'operato altrui, pertanto, sorge in capo al medico che svolge attività sanitaria in *équipe*, qualora la legittima aspettativa di un comportamento conforme a perizia e diligenza, da parte dei colleghi, venga annullata dalle circostanze concrete che lascino prevedere, facendo applicazione del patrimonio professionale di ciascun sanitario, un loro contegno scorretto o inadeguato. Il dovere del professionista di valutare l'attività del collega e la sua correttezza, cogliendone eventuali inadeguatezze e ponendovi rimedio, incontra insomma un duplice li-

mite, nel fatto che gli errori altrui siano rilevabili e, conseguentemente, rimediabili da un medico non specialista nel settore interessato e nel fatto che siano prevedibili nella concreta situazione fattuale.

Ne consegue che il carattere evidente e non settoriale dell'errore non è implicito o sottinteso in ogni attività sanitaria svolta in *équipe*, ma deve di volta in volta essere accertato, tenendo conto della peculiarità della fattispecie concreta.

La realizzazione dell'errore da parte di un membro dell'*équipe*, insomma, costituisce il presupposto di fatto che attualizza l'obbligo secondario di controllo sull'altrui operato e di intervento per correggerlo, sussistente in capo ai medici che partecipano al trattamento sanitario di gruppo e che integra l'obbligo di garanzia che il medico riveste rispetto al paziente. I requisiti dell'evidenza e della non settorialità sono i parametri di valutazione che consentono di stabilire se l'inosservanza di questo obbligo di controllo sia o meno rimproverabile a colpa del sanitario⁵.

La correttezza della soluzione proposta emerge, in modo ancor più evidente, se si considerano le fattispecie concrete sottese al principio di diritto enucleato dalla Suprema Corte.

Nella sentenza Miranda⁶, i giudici di legittimità hanno riconosciuto la concorrente responsabilità, per la morte del neonato verificatasi poco dopo il parto a causa di un'insufficienza respiratoria, del ginecologo, che aveva seguito la partoriente anche nei mesi precedenti il parto e a cui si rimproverava di non essere intervenuto adeguatamente in una situazione di *routine* per uno specialista in ginecologia, ossia di non aver tempestivamente rilevato l'insorgenza della sofferenza fetale e di non essere ricorso al parto operativo per via laparotomica, e dell'altro medico facente parte dell'*équipe* operatoria che, pur non essendo uno specialista in ginecologia, era comunque intervenuto a coadiuvare il collega e ad assistere la partoriente. A questo secondo membro dell'*équipe* si rimproverava di non aver diagnosticato lo stato di asfissia del feto nonostante «la presenza di sintomi evidenti», come il colore verde del liquido amniotico, e, quindi, «in un situazione, né difficile né complessa, che non richiedeva, per essere adeguatamente affrontata, particolari cognizioni specialistiche». Le circostanze fattuali in cui i due medici hanno cooperato giustificano pertanto l'ascrizione della responsabilità, per l'evento lesivo verificatosi, a entrambi i sanitari, ossia al ginecologo che ha posto in essere una condotta inosservante le *leges artis* e all'altro medico che non ha posto rimedio al suo errore, ancorché fosse, da parte sua, prevedibile ed evitabile.

⁵ CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo*, cit., 2836,

⁶ Cass., Sez. IV, 24 gennaio 2005, Miranda, in *C.E.D. Cass.*, n. 231535.

In altra recente pronuncia⁷, la Corte di Cassazione ha ritenuto che sussistesse la concorrente responsabilità del primario di ostetricia e ginecologia, dei due medici addetti alla medesima divisione e dell'anestesista, per aver cagionato la morte della partoriente e del neonato. La paziente veniva portata in sala operatoria per un taglio cesareo e l'anestesista tentava invano di intubarla. Nonostante due tentativi di intubazione falliti, l'anestesista, invece di effettuare un'anestesia locale, aveva insistito in quell'attività, così cagionando alla partoriente un edema polmonare.

I giudici di legittimità hanno confermato la condanna, oltre che dell'anestesista che ha posto in essere la condotta colposa, anche dei ginecologi presenti in sala operatoria, perché non erano intervenuti a porre rimedio al grave ed evidente errore del collega che, insistendo nell'intubazione, stava provocando la morte della paziente. Era, invece, loro dovere, dopo i reiterati tentativi di intubazione della paziente, resisi conto dell'errore commesso dall'anestesista, porvi rimedio, estraendo rapidamente il feto.

Come chiarito dalla Suprema Corte, infatti, nell'attività medico-chirurgica in *équipe*, la divisione del lavoro costituisce un fattore di sicurezza – perché ciascun sanitario è chiamato a svolgere il lavoro in relazione al quale possiede una specifica competenza, potendo approfondire in esso tutta la sua diligenza, prudenza e perizia, senza essere tenuto a controllare continuamente l'operato dei colleghi –, ma rappresenta anche un fattore di rischio, facendo sorgere rischi nuovi e diversi rispetto a quelli propri dell'attività medica monosoggettiva. Per cui, qualora nella situazione concreta si appalesino circostanze tali da rendere evidente la negligenza altrui, come nel caso di specie, in cui l'errore dell'anestesista era palese e in atto, ciascuno dei sanitari che si dividono il lavoro deve farsene carico, intervenendo a porvi rimedio. Ne consegue che, in tema di colpa medica nell'attività di *équipe*, ciascuno dei sanitari che si dividono il lavoro risponde dell'evento illecito, non solo per non aver osservato le regole di diligenza, prudenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma altresì per non essersi fatto carico dei rischi connessi agli errori riconoscibili dei colleghi, commessi nelle fasi antecedenti o contestuali al suo specifico intervento.

Analoga soluzione è stata adottata dalla Suprema Corte in un'altra recente pronuncia⁸, relativa, anch'essa, a un intervento di parto cesareo nel corso del quale era stata cagionata la morte della partoriente. L'anestesista aveva errato la manovra di inserimento del tubo endotracheale necessario a garantire l'ossigeno alla paziente. Poiché la partoriente aveva presentato sintomi di sofferenza da ipossigenazione, l'anestesista aveva effettuato il

⁷ Cass., Sez. IV, 11 ottobre 2007, Raso, in *C.E.D. Cass.*, n. 237891.

⁸ Cass., Sez. IV, 12 luglio 2006, Iaquina, in *Dir. giust.*, 2006, 74, con nota di NORDIO, *Stretta pericolosa sull'équipe medica*.

secondo tentativo di intubazione, anch'esso fallito, cagionandone così il decesso per prolungata anossia conseguente a mancata intubazione.

La Suprema Corte ha ribadito, in questa occasione, che nel caso di interventi medici in *équipe* ciascun sanitario è responsabile non solo del rispetto delle regole di diligenza e di prudenza connesse alle specifiche mansioni svolte, ma deve costituire una sorta di garanzia per la condotta degli altri componenti e porre rimedio agli eventuali errori altrui, purché siano evidenti per un professionista medio e non settoriali di una specifica disciplina, estranea alla sue cognizioni. In forza di questa regola giurisprudenziale, i giudici di legittimità hanno riconosciuto la responsabilità, oltre che dell'anestesista che ha eseguito materialmente i tentativi di intubazione della paziente, anche dell'altro anestesista presente in sala operatoria, che non si è avveduto dell'errore banale e grossolano del collega, nonostante fosse relativo alla comune attività di anestesia dei due medici.

La regola giurisprudenziale in oggetto – secondo cui l'intera *équipe* chirurgica è tenuta ad osservare gli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico, e tra tali obblighi rientra anche quello di porre rimedio agli errori di altro medico, pur specialista, se questi siano rilevabili ed emendabili con l'ausilio di comuni conoscenze scientifiche del professionista medio –, data la sua ampiezza e generalità, è potenzialmente applicabile a una pluralità di diverse fattispecie, in cui l'attività medico-chirurgica viene svolta da più medici in collaborazione tra loro.

La Cassazione, nell'enunciare il principio in esame, fa riferimento non solo alle *équipe* chirurgiche in senso stretto, caratterizzate dallo svolgimento, da parte di più sanitari e in un unico contesto spazio-temporale, di attività curativa che coinvolge le cognizioni tecniche di differenti rami della scienza medica, ma, più in generale, a ogni ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica.

L'espressione «attività medico-chirurgica in *équipe*», pertanto, viene impiegata per indicare, non solamente i casi in cui un gruppo di sanitari e di ausiliari si trovi contestualmente riunito per intervenire su un paziente, come ad esempio nell'esecuzione di un'operazione chirurgica alla quale partecipino medici specialisti in diverse discipline, ma tutte le ipotesi in cui al trattamento terapeutico intervengano, anche in tempi diversi, più medici, ciascuno dei quali incaricato di specifici compiti⁹. In

⁹ Così: VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, cit., 193. Dubita, invece, della completa assimilabilità dei trattamenti sanitari in cui intervengono più medici, ma con apporti separati anche temporalmente, rispetto alle tradizionali operazioni in *équipe*: VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 480, il quale però sottolinea l'applicabilità alle diverse ipotesi dei medesimi parametri di distribuzione delle responsabilità. Per una netta distinzione tra l'attività medico-chirurgica in *équipe* in senso stretto e qualsiasi altra ipotesi di cooperazione in ambito sanitario: PARODI, NIZZA, *La responsabilità penale del medico*, cit., 139

questi casi, il contributo operativo di ciascun sanitario si colloca in un contesto, anche cronologicamente, separato rispetto a quello degli altri medici, ma si inserisce pur sempre nell'ambito di un'attività curativa, che, per quanto complessa, ha carattere unitario. Ciò giustifica l'applicabilità, a entrambe le ipotesi di attività medico-chirurgica multidisciplinare, del medesimo criterio di distribuzione degli obblighi cautelari e delle correlative responsabilità tra i sanitari che vi partecipano¹⁰.

In un'importante pronuncia¹¹ relativa a un caso di trapianto di organi prelevati dal cadavere di una persona affetta da metastasi da melanoma, che aveva portato alla morte delle persone sulle quali i suddetti organi erano stati trapiantati, la Suprema Corte, in applicazione del principio di affidamento temperato, ha riconosciuto la responsabilità sia degli anestesisti-rianimatori, che avevano errato nel formulare la diagnosi di morte del donatore, omettendo di effettuare una serie di indagini strumentali e di laboratorio (come un esame istologico estemporaneo) rese doverose dai dati anamnestici in loro possesso e dalla riscontrata neoformazione a livello cardiaco, sia del chirurgo che aveva proceduto al prelievo e al successivo trapianto degli organi, il quale, alla luce delle circostanze concrete, avrebbe dovuto accertare le carenze di indagine dei colleghi e colmarle.

I giudici di legittimità, per giustificare questa soluzione, hanno sottolineato una serie di circostanze fattuali (la neoformazione cardiaca e i dati anamnestici) che avrebbero dovuto far sorgere nel chirurgo, nel momento in cui prelevava gli organi da destinare al trapianto dal cadavere del donatore, il dubbio circa l'esattezza della diagnosi effettuata dagli anestesisti-rianimatori in ordine alla causa della morte del donatore, e quindi all'idoneità al trapianto dei suoi organi. Nella concreta situazione fattuale, insomma, il chirurgo, tramite il patrimonio di conoscenze scientifiche del professionista medio, poteva e doveva percepire e rilevare l'errore diagnostico in cui erano incorsi gli altri sanitari, apportandovi rimedio invece di continuare a confidare nella correttezza della diagnosi effettuata, contraddetta appunto dagli elementi di fatto esistenti¹².

¹⁰ Così: VALLINI, *Cooperazione e concause*, cit., 480, il quale però sottolinea la differenza sussistente con l'attività medica di *équipe* in senso stretto, dove lo stretto collegamento funzionale e ambientale facilita la controllabilità dell'oprato dei colleghi. In senso analogo: IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, cit., 78, il quale osserva che proprio il collegamento funzionale e ambientale tra i sanitari che operano in *équipe* consente a ciascuno di loro di constatare eventuali circostanze concrete che facciano prevedere contegni scorretti e inadeguati dei colleghi.

¹¹ Cass., Sez. IV, 1 ottobre 1999, Altieri, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 469, con nota di VALLINI, *Cooperazione e concause*, cit.. Sulla sentenza in esame, si veda anche BLAIOTTA, *La colpa*, cit., 431.

¹² In senso analogo, si veda anche la pronuncia del Tribunale di Bologna del 31 maggio 1996, Martinelli (in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1043, con nota di MANTOVANI M., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*), che ha assolto, dall'imputazione di omicidio

3.1. Lo scioglimento anticipato dell'équipe medica

Una questione frequentemente affrontata dalla giurisprudenza, in tema di attività medica in *équipe*, concerne la configurabilità, in capo al sanitario che si è allontanato prima della conclusione dell'intervento, della responsabilità per l'evento lesivo cagionato al paziente dall'errore posto in essere dai colleghi in sua assenza.

colposo, i medici che avevano provveduto al trapianto di reni, prelevati da un donatore affetto da Aids, su altri pazienti, in seguito deceduti a causa della trasmissione del virus Hiv. Nella fattispecie concreta, vi era stata una negligenza da parte dei medici che avevano proceduto alla raccolta dei dati anamnestici del donatore, che è attività strumentale all'accertamento dell'idoneità al trapianto degli organi del donatore, in quanto da tali dati, se fossero stati correttamente valutati, sarebbe potuto emergere lo stato di tossicodipendenza e di possibile sieropositività del donatore, che avrebbe dovuto indurre i sanitari al compimento di indagini strumentali ulteriori, quali il test Hiv. L'organo giudicante ha messo in evidenza che tale attività di raccolta dei dati anamnestici era di competenza dei medici della struttura ospedaliera nella quale il donatore era stato originariamente ricoverato, e dalla quale era stato trasferito solamente dopo che era stata riscontrata la morte cerebrale e acquisito il consenso dei parenti al prelievo degli organi dal cadavere. Ai medici della struttura ospedaliera, alla quale il donatore era stato successivamente avviato, che avevano proceduto al prelievo e al successivo trapianto dei reni dello stesso, veniva rimproverato di non aver ripetuto l'attività di accertamento e di raccolta dei dati anamnestici, confidando nella correttezza e completezza dell'attività precedentemente compiuta dai sanitari della struttura ove il donatore era deceduto. Il Tribunale ha escluso la responsabilità colposa concorrente dei medici chirurghi, che avevano proceduto al prelievo e al trapianto degli organi dal donatore, per aver legittimamente confidato nel corretto e diligente comportamento dei colleghi, operanti in diversa struttura ospedaliera. Costoro, infatti, non erano tenuti a una nuova raccolta degli elementi rilevanti in sede di anamnesi né a un controllo di quella precedentemente compiuta da altri sanitari, proprio in forza del principio di affidamento, cui la sentenza in esame espressamente si richiama, considerato che, nelle circostanze concrete, non erano emersi indizi dai quali, i medici, potessero inferire l'incompletezza o l'inesattezza dei dati anamnestici loro pervenuti, anche perché l'attività di raccolta di tali dati rientra nel patrimonio di cognizioni elementari degli appartenenti alla scienza medica. Analogo ricorso al principio di affidamento viene effettuato da Trib. Roma 13 giugno 1996, Capelli (in *Foro it.*, 1997, II, c. 418, con nota di TRAMONTANO, *Causalità attiva e omissiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*), la quale, in un'ipotesi di responsabilità medica per errore diagnostico, ha escluso la responsabilità del chirurgo che non ha diagnosticato il carattere maligno del tumore asportato e non ha disposto un'adeguata terapia. Nel caso concreto, l'omessa diagnosi di tumore maligno aveva impedito la tempestiva terapia radiante e chemioterapia, che avrebbe potuto evitare, se correttamente e tempestivamente instaurata, la morte del paziente. Tuttavia, il chirurgo, sulla base delle sue competenze e dei dati a sua disposizione, quali in particolare le caratteristiche morfologiche del tumore asportato, aveva disposto una serie di indagini ulteriori sul paziente volte alla ricerca di tumori, che avevano dato tutte esito negativo, e aveva chiesto e ottenuto l'esame istologico, il quale però non indicava alcuna nota di malignità. Il riferimento alla divisione del lavoro in ambito medico, basata sulla specializzazione, e al conseguente principio del legittimo affidamento nel corretto e perito adempimento dei compiti e delle mansioni del proprio campo di intervento da parte di ciascun sanitario che, necessariamente, si trovi a cooperare con altri, consente al giudice di primo grado di escludere una concorrente responsabilità del chirurgo per l'evento lesivo cagionato dall'errore diagnostico dell'anatomopatologo.

Di recente, la Suprema Corte¹³ ha fornito, anche per questa ipotesi, un parametro teorico di portata generale su cui basare, appunto, la decisione dei singoli casi concreti.

In particolare, i giudici di legittimità hanno riconosciuto 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 conseguenze dannose per il paziente».

La Suprema Corte ha individuato due requisiti alternativi – quello della semplicità delle residue attività da compiere e quello della necessità impellente di uno dei componenti dell'*équipe* di prestare l'attività professionale in favore di altro paziente – che consentono di ritenere giustificato l'allontanamento del sanitario e di escluderne ogni forma di concorrente responsabilità.

Il primo requisito appare indubbiamente condivisibile: quando l'intervento si è concluso o sta per compiersi e, comunque, appare perfettamente riuscito, avendo seguito il suo decorso normale, il medico, che abbia esaurito le mansioni a lui affidate, può ben allontanarsi dalla sala operatoria. Il suo allontanamento appare giustificato, ben potendo il singolo sanitario fare affidamento nella corretta e diligente esecuzione degli eventuali residui adempimenti da parte degli altri componenti dell'*équipe* medica, stante il loro carattere semplice e *routinario* e la mancanza di elementi, nella fattispecie concreta, che rendano prevedibili errori altrui, di carattere evidente e non settoriale, a cui il sanitario, con la sua presenza, avrebbe potuto, e quindi dovuto, rimediare.

Anche il secondo requisito legittimante lo scioglimento anticipato dell'*équipe* chirurgica, ravvisato nella necessità indilazionabile e impellente del medico di prestare la sua attività in favore di altri pazienti, deve ritenersi condivisibile, a condizione, però, che l'intervento ancora in corso non richieda il compimento di attività che, nell'iniziale distribuzione dei compiti, gli erano state assegnate o, comunque, ancorché assegnate ad altri, dovevano essere svolte sotto il suo controllo e la sua supervisione. In tal caso, infatti, l'allontanamento del medico dalla sala operatoria, mentre l'intervento è ancora in atto, potrebbe comportare una sua concorrente responsabilità per l'eventuale esito infausto, che

¹³ Cass., Sez. IV, 6 aprile 2005, Malinconico, in *Cass. pen.*, 2006, 2838, con nota di CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo*, cit.

egli, qualora presente, avrebbe potuto evitare emendando l'errore commesso da un collega¹⁴.

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte di Cassazione, durante un intervento di parto cesareo, una garza laparotomica era stata lasciata nell'addome della partoriente, che a causa di ciò doveva subire altri interventi, per rimuovere la garza e per sopperire alle gravi complicazioni alle quali aveva dato luogo la sua permanenza nel corpo della paziente. I giudici di merito avevano ritenuto che sussistesse la responsabilità penale sia del ginecologo principale operatore, sia del medico che lo aveva coadiuvato in sala operatoria, escludendo che il suo ruolo secondario e marginale nell'espletamento dell'intervento chirurgico lo esonerasse dal vigilare sull'attività del collega e dal porvi rimedio quando, come nel caso di specie, detta attività era contraria a diligenza e perizia. In particolare, il medico che aveva coadiuvato il ginecologo in sala operatoria non aveva provveduto, prima della sutura della ferita, alla conta dei ferri e delle garze impiegate nel corso dell'intervento operatorio, attività che gli avrebbe consentito di rimediare all'errore in cui era incorso il ginecologo operatore.

Tuttavia, nel caso in esame, il medico si era allontanato dalla sala operatoria prima della conclusione dell'intervento, ossia prima che si verificasse l'errore del chirurgo, consistito nella mancata rimozione di una garza laparotomica dall'addome della paziente.

La Corte di Cassazione – dopo aver confermato il principio secondo cui l'intera *équipe* chirurgica è tenuta ad osservare gli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico, e tra tali obblighi rientra anche quello di porre rimedio agli errori di altro medico, pur specialista, se questi siano rilevabili ed emendabili con l'ausilio di comuni conoscenze scientifiche del professionista medio – ha sottolineato che il giudice non può sottovalutare la circostanza dello scioglimento dell'*équipe* operatoria, la quale può anche non incidere sull'esclusione della colpa qualora avvenga, ad esempio, in un intervento ad alto rischio, senza giustificazioni per chi si allontana, e quindi facendo venire meno quel contributo di conoscenze professionali che possono salvaguardare l'incolumità del paziente in presenza di errore altrui. Al contrario, lo scioglimento dell'*équipe* operatoria in una fase in cui l'intervento può ritenersi, se non concluso, solo da definire

¹⁴ In senso parzialmente difforme: CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo*, cit., 2838, secondo cui il sanitario che si allontana quando l'attività operatoria è ancora in corso assume una condotta inosservante del dovere di diligenza, fonte di responsabilità penale se si accerta che egli, qualora presente, avrebbe potuto emendare l'errore commesso da un collega, in quanto evidente e non settoriale. L'unico requisito che giustifica lo scioglimento anticipato dell'*équipe* medica è, dunque, la semplicità delle operazioni residue da compiere.

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 omezza o male eseguita la verifica delle garze, e ben potendosi ritenere che le specifiche incombenze per le quali è stato chiamato in reparto siano più urgenti delle semplici fasi di completamento di un intervento fino a quella fase perfettamente riuscito.

Sul tema in esame, si veda anche un'altra pronuncia della Suprema Corte¹⁵, la quale ha ammesso la responsabilità, per la morte di un neonato cagionata da una sofferenza respiratoria nella fase espulsiva, del primario del reparto ostetrico-ginecologico, il quale, insieme all'assistente che aveva in cura la partoriente, rilevate alcune anomalie nella stessa, aveva deciso di far proseguire normalmente il travaglio, senza procedere a parto cesareo. Prima della conclusione del parto, però, il primario aveva lasciato la sala parto, affidando la paziente all'assistente ospedaliero, il quale, per favorire l'espulsione del feto a causa della scarsa partecipazione della partoriente, aveva usato una ventosa al posto del forcipe, che avrebbe, invece, accelerato il parto e ridotte le sofferenze fetali. Dell'evento lesivo, alla cui verifica aveva sicuramente contribuito la manovra erronea posta in essere dal medico nella fase espulsiva del feto, come si è detto, era stato chiamato a rispondere anche il primario, per aver lasciato l'ospedale quando il travaglio della partoriente era ancora in corso e il parto non si era espletato, nonostante le anomalie riscontrate, confidando nel fatto che il suo assistente avrebbe correttamente portato a compimento il parto, invece di vigilare su di lui.

3.2. I rapporti tra chirurgo e anestesista

Il tipico e ricorrente caso di divisione del lavoro tra medici specialisti in diverse discipline è costituito dal rapporto tra chirurgo e anestesista, chiamati a collaborare con compiti e mansioni differenti al tavolo operatorio¹⁶.

Con riferimento a questa ipotesi di attività medico-chirurgica in *équipe*, la giurisprudenza, in numerose pronunce, ha dimostrato di dare piena attuazione al principio di affidamento, quale criterio di ripartizione

¹⁵ Cass., Sez. IV, 3 marzo 1988, Grassi, in *C.E.D. Cass.*, n. 177967.

¹⁶ Sul punto: MARINUCCI, MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, cit., 230; RIZ, *Medico (responsabilità penale)*, cit., 15; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, cit., 219.

di obblighi e di correlative responsabilità tra medico chirurgo e medico anestesista, ritenendo appunto che ciascuno dei due professionisti risponda solamente dell'inosservanza delle *leges artis* del proprio specifico settore di intervento, potendo legittimamente confidare nel corretto comportamento dell'altro, salvo che, grazie allo stretto collegamento funzionale e soprattutto ambientale, trattandosi di casi in cui i sanitari cooperano al trattamento terapeutico in un unico contesto spazio-temporale, uno dei partecipanti all'intervento chirurgico constati circostanze fattuali che rendano prevedibile il discostamento dell'altro dagli standard di diligenza e di perizia. E ciò sia nei casi in cui l'evento lesivo si verifichi per una condotta imperita o negligente del chirurgo, sia nelle ipotesi in cui l'esito infausto sia ascrivibile all'inosservanza delle regole dell'arte medica da parte dell'anestesista.

In particolare, la Suprema Corte¹⁷ ha avuto modo di osservare che «in un'*équipe* medica, che svolge un'operazione chirurgica di parto cesareo, composta dal primario ginecologo, dall'aiuto e dall'assistente ordinari, nonché dall'anestesista, quest'ultimo è deputato a controllare lo stato di insensibilità del paziente all'azione chirurgica, la sua reazione e la sua sicurezza dal punto di vista circolatorio, mentre non ha nessuna competenza in ordine all'esecuzione dell'intervento di chirurgia ostetrica, né l'obbligo di controllarne il regolare svolgimento». Valorizzando la distinzione dei ruoli e, conseguentemente, la divisione dei compiti tra chirurgo e anestesista nello svolgimento dell'intervento operatorio, i giudici di legittimità hanno escluso la responsabilità dell'anestesista per l'evento lesivo – cagionato dalla dimenticanza, nell'addome del paziente, di una garza laparatomica – ascrivibile, esclusivamente, a un comportamento negligente del chirurgo, ritenendo che non sussista un generale obbligo di vigilanza e controllo reciproco tra i due professionisti.

In un'altra decisione¹⁸ la Suprema Corte ha escluso la concorrente responsabilità del chirurgo per l'evento lesivo cagionato al paziente dal comportamento colposo ascrivibile, in via esclusiva, all'anestesista e consistente nell'erroneo posizionamento del paziente sul tavolo operatorio, che ne aveva determinato una compressione del braccio durante l'intervento chirurgico. Confermando la pronuncia dei giudici di primo e di secondo grado, che avevano condannato per il delitto di lesioni personali colpose l'anestesista e avevano invece assolto, per non aver commesso il fatto, il chirurgo, la Corte di Cassazione ha nuovamente riconosciuto e sottolineato le differenti sfere di competenza e, conseguentemente, di responsabilità dei due specialisti nell'ambito di un medesimo intervento chirurgico, a cui entrambi partecipano, con i compiti e le mansioni

¹⁷ Cfr.: Cass., Sez. IV, 9 aprile 1984, Passatelli, in *C.E.D. Cass.*, n. 166435.

¹⁸ Cfr.: Cass., Sez. IV, 14 aprile 1983, Prelong, in *C.E.D. Cass.*, n. 160049.

specifici del proprio campo di intervento. I giudici di legittimità hanno rilevato che incombe sull'anestesista, che interviene nella fase pre-operatoria e presenza alle operazioni preparatorie che ivi vengono compiute, l'obbligo di posizionare il paziente sul tavolo operatorio, o comunque di controllare il posizionamento eseguito dal personale infermieristico, al fine di evitare che all'operando vengano fatte assumere posizioni non corrette e, come tali, capaci di cagionargli pregiudizio.

Affermata la penale responsabilità dell'anestesista per l'evento lesivo, verificatosi appunto a causa del suo comportamento colposo, la Suprema Corte si è poi interrogata sulla sussistenza di una concorrente responsabilità del chirurgo, che ha eseguito l'atto operatorio. A tale quesito, i giudici di legittimità hanno dato risposta negativa, ritenendo che il chirurgo sia estraneo all'attività di immobilizzazione del paziente sul tavolo operatorio, in quanto costui interviene solamente in sala operatoria, quando ormai le operazioni preparatorie sono terminate. Il chirurgo ha sì l'obbligo di controllare, prima di iniziare l'intervento chirurgico, la correttezza del posizionamento del paziente e, soprattutto, la sua rispondenza alle esigenze operatorie, ma tale controllo incontra un limite oggettivo nel fatto che l'operando è a lui presentato «già coperto dai teli, il che gli impedisce un controllo particolareggiato sulla posizione degli arti».

Anche in tale ipotesi, dunque, una corretta applicazione del principio di affidamento ha consentito di escludere la responsabilità colposa di uno dei membri dell'*équipe* per l'evento lesivo cagionato dalla condotta inosservante delle regole di prudenza e di perizia dell'altro¹⁹.

¹⁹ Il riferimento alla divisione dei compiti e all'autonomia dei ruoli tra chirurgo e anestesista, per risolvere il problema dell'attribuzione della responsabilità penale in caso di esito infausto del trattamento medico-chirurgico svolto in *équipe*, emerge anche in talune significative pronunce di merito. Si consideri, ad esempio, Pret. Verbania, 11 marzo 1998, Govoni, in *Ind. pen.*, 1999, 1187, con nota di MANTOVANI M., *Sui limiti del principio di affidamento*, che ha escluso la responsabilità, a titolo di colpa, dei due anestesisti componenti l'*équipe* medica, imputati di omicidio colposo in concorso con il chirurgo, per non aver proceduto all'intubazione di emergenza del paziente nel corso dell'*iter* operatorio. Si trattava di un intervento di tracheotomia, durante il quale il chirurgo, dopo aver già inciso la trachea, aveva compiuto una manovra errata, ossia aveva malposizionato la cannula tracheostomica. I due anestesisti, dopo aver segnalato al chirurgo l'errore nel quale era incorso e nonostante l'aggravarsi delle condizioni del paziente, non si erano sostituiti al collega per tentare una manovra alternativa, costituita appunto dall'intubazione intraoperatoria del paziente, il quale era poi deceduto. Il giudice di merito ha ritenuto che gli anestesisti avevano legittimamente fatto affidamento nel fatto che il chirurgo, dopo che gli era stato segnalato l'errore in cui era incorso, vi ponesse rimedio. In senso analogo, si è pronunciata Pret. Vibo Valentia, 15 marzo 1999, Garruzzi, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 875, e in *Cass. pen.*, 1999, 3264, in un caso di omicidio colposo, in cui, insieme all'anestesista, erano stati imputati del reato i due chirurghi dell'*équipe* medica. La morte del paziente si era verificata per colpa dell'anestesista che, nella fase di risveglio, lo aveva insufficientemente ossigenato. I due chirurghi dell'*équipe*, fatti chiamare in sala operatoria proprio dall'anestesista, stante la gravità della situazione, non avevano effettuato una precisa diagnosi di ciò che stava accadendo e non si erano

4. I rapporti tra sanitari di tipo gerarchico

Più articolato e complesso è il panorama giurisprudenziale nei casi in cui, tra i diversi sanitari che partecipano al trattamento terapeutico di gruppo, si instaurino rapporti di tipo gerarchico. Rispetto ad essi è

accorti dell'insufficienza respiratoria del paziente, così omettendo di praticare una tracheotomia, che avrebbe evitato l'evento lesivo. Ad essi è stato, insomma, contestato di non aver rimediato all'errore in cui era incorso l'anestesista. L'organo giudicante, accertata la condotta colposa dell'anestesista, consistita nel non aver sorvegliato adeguatamente il paziente nella fase di risveglio, in modo da garantirne l'ossigenazione, ha poi ritenuto, in ordine alla posizione dei chirurghi, che, nella situazione concreta, non risultavano circostanze tali da rendere prevedibile, da parte loro, la negligenza dell'anestesista, in quanto, nel momento in cui erano entrati in sala operatoria, avevano chiesto all'anestesista cosa stesse accadendo e si erano comportati di conseguenza. La gravità e l'urgenza della situazione, tenuto conto soprattutto che il decesso si è verificato nell'arco di pochissimi minuti dopo il loro intervento, non consentiva, ad avviso dell'organo giudicante, ai chirurghi di discostarsi dall'indicazione diagnostica dell'anestesista, il quale aveva appunto loro riferito della sussistenza di problemi cardiaci, e non respiratori, del paziente. Nelle circostanze concrete in cui i chirurghi hanno agito, quindi, il comportamento colposo dell'anestesista non era prevedibile, con la conseguenza che non poteva essere loro rimproverato di non avervi posto rimedio. Da ultimo, si consideri Pret. Genova, 13 novembre 1991, Gialliccia, in *Foro it.*, II, c. 587, che, grazie alla corretta applicazione del principio di affidamento e, soprattutto, alla corretta individuazione dei limiti di operatività dello stesso, ha riconosciuto la responsabilità dei chirurghi dell'*équipe* medica per l'evento lesivo verificatosi a causa della condotta colposa dell'anestesista. Nel corso di un intervento chirurgico di appendicectomia, a fronte di problemi cardiocircolatori del paziente, l'anestesista dell'*équipe* medica procedeva a intubazione orotracheale dello stesso e mandava a chiamare il primario anestesista. Nel frattempo, resosi conto della gravità della situazione, uno dei chirurghi sospendeva l'operazione e iniziava un massaggio cardiaco, il quale però veniva interrotto pochi minuti dopo, in quanto il primario anestesista dichiarava intervenuta la morte del paziente. Accertata la responsabilità dell'anestesista, per aver omesso, durante la fase preparatoria dell'intervento, di intubare il paziente e di applicargli il monitor dell'elettrocardiogramma, l'organo giudicante, ritenuto che la causa del decesso era da ravvisare proprio nella brevità delle manovre rianimatorie che, se protratte per non meno di mezz'ora, come prescritto dalle *leges artis*, avrebbero potuto impedire l'evento lesivo, ha condannato, per il reato di omicidio colposo, anche i chirurghi dell'*équipe*. Il principio di affidamento, che regola la responsabilità penale nell'attività medica di *équipe*, viene meno ogniqualvolta un componente della stessa percepisca che un suo collaboratore, ancorché specialista in altra disciplina, tenga un comportamento non conforme a diligenza. In tal caso, sorge, a carico del sanitario, un diverso e ulteriore obbligo cautelare, che gli impone di richiamare l'attenzione del collega affinché questi corregga la sua condotta e, se questi persiste nell'errore, di intervenire in sua supplenza, ove ciò sia necessario e possibile. Al fine di riconoscere la concorrente responsabilità dei chirurghi, l'organo giudicante ha sottolineato, correttamente, che, ancorché la rianimazione del paziente rientri tra i compiti specifici dell'anestesista, le pratiche rianimatorie, quali il massaggio cardiaco, costituiscono il necessario corredo professionale di ogni medico, anche generico. Una volta resosi conto della gravità della situazione e dell'inerzia dell'anestesista, il chirurgo quindi, non potendo più fare legittimo affidamento nella correttezza del suo operato, doveva sostituirvisi, compiendo le pratiche rianimatorie per il tempo necessario a mantenere in vita il paziente, proprio perché queste, anche se rientrano nei tipici compiti dell'anestesista, devono essere conosciute da ciascun medico.

difficile estrapolare e ricostruire, dall'esame del materiale esaminato, le regole giurisprudenziali applicate per individuare il dovere di diligenza gravante su ciascun componente dell'*équipe* medica e, conseguentemente, i soggetti responsabili dell'esito infausto del trattamento terapeutico.

Nelle ipotesi di distribuzione verticale del lavoro in ambito sanitario, il problema dell'individuazione dei soggetti responsabili dell'esito infausto del trattamento terapeutico si pone sia con riferimento all'attività di *équipe* in senso proprio, ossia la tradizionale ipotesi di contestuale partecipazione di più medici, specialisti nella stessa o in diverse discipline, a un intervento chirurgico, in relazione al quale uno di essi, per l'esperienza, l'anzianità, la qualifica professionale o la posizione gerarchica, assume il ruolo di capo-*équipe*, sia con riferimento al diverso problema dell'organizzazione generale, di tipo gerarchico, di una divisione ospedaliera.

In relazione alla prima ipotesi, la dottrina e la giurisprudenza sono solite ritenere che, a carico di colui che, all'interno dell'*équipe* medica, occupa una posizione apicale, essendo chiamato a dirigere e coordinare l'attività dei collaboratori, sussista un obbligo di controllo e di sorveglianza dell'operato altrui. Il capo-*équipe*, quindi, oltre a dover eseguire, con diligenza e perizia, le mansioni che a lui spettano, in forza della divisione delle competenze tra i vari partecipanti al lavoro di gruppo, ha il dovere di coordinare l'attività dei collaboratori e di vigilare sul loro corretto comportamento professionale, non potendo legittimamente confidare nell'osservanza delle regole cautelari di condotta da parte di questi, in quanto, altrimenti, potrà essere chiamato a rispondere dell'evento lesivo cagionato dalla condotta colposa di uno dei membri dell'*équipe* stessa, per aver omesso, o inadeguatamente esercitato, il controllo sul suo operato.

Tuttavia, poiché il ruolo del capo-*équipe* si divide tra un'attività di supervisione dell'altrui operato e un'attività direttamente operativa, che non può efficacemente svolgersi senza fare affidamento sul corretto comportamento degli altri componenti l'*équipe*, è necessario delimitare con precisione il dovere di controllo su di lui incombente²⁰. Tale dovere, pertanto, non può essere semplicisticamente interpretato come obbligo di sorveglianza continua e costante sull'operato altrui durante l'intero *iter* operatorio, ma deve, invece, essere individuato in modo da non vanificare il principio della divisione del lavoro e dell'affidamento, che caratterizza il rapporto tra sanitari anche negli interventi attuati da un *équipe* medico-chirurgica strutturata in modo gerarchico.

L'obbligo di controllo che grava sul capo-*équipe* determina, quindi, nei confronti di questi, un'attenuazione del principio di affidamento,

²⁰ Così: VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1635, nota 30; FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, cit., 381.

ma non un suo completo svuotamento di significato, anche perché ciò porterebbe a considerare il capo-*équipe*, o il medico in posizione apicale, automaticamente responsabile in ogni caso di esito infausto del trattamento medico-chirurgico.

La regola elaborata dalla giurisprudenza, soprattutto di legittimità, è invece nel senso di riconoscere la responsabilità colposa del capo-*équipe* per l'evento lesivo verificatosi a causa della condotta negligente, imprudente o imperita di uno dei suoi collaboratori, soprattutto qualora questi svolga compiti e mansioni inerenti allo stesso campo di specializzazione del medico in posizione apicale.

Il principio è stato, di recente, affermato da una pronuncia della Suprema Corte²¹ in un caso di lesioni personali colpose.

Nel corso di un intervento di rinoplastica, era stata somministrata al paziente una soluzione contenente, al posto di soluzione fisiologica, disinfettante. Tale somministrazione aveva cagionato al paziente un edema e necrosi a carico di alcuni tessuti. La Corte di Cassazione ha confermato le sentenze di primo e di secondo grado, che avevano ritenuto che sussistesse anche la responsabilità del chirurgo, il quale non aveva controllato la condotta dell'assistente-ferrista che, nella preparazione del composto, aveva erroneamente utilizzato il detergente, invece della soluzione fisiologica. In particolare, secondo i giudici di legittimità, il principio di affidamento non si applica nel caso in cui all'agente sia attribuita una funzione di controllo dell'altrui opera: in tale ipotesi il medico risponde della condotta colposa del terzo da lui riconoscibile ed evitabile.

In un'altra recente sentenza²², la Cassazione ha ribadito che il capo-*équipe* ha il dovere di sorvegliare e controllare gli assistenti e un conseguente obbligo di attivarsi per prevenirne o correggerne eventuali condotte errate. Questo dovere di controllo e sorveglianza limita notevolmente il principio di affidamento, tanto più quando gli assistenti sono medici ancora in formazione e quindi bisognevoli di un accurato controllo. Chi dirige l'attività del gruppo di lavoro, insomma, ha la responsabilità di una costante e diligente vigilanza in ogni momento.

Si trattava, nel caso in esame, di un'*équipe* medica, composta dal primario di chirurgia in qualità di capo-*équipe*, due medici specializzandi in chirurgia e un anestesista, cui era stato affidato il compito di svolgere un intervento chirurgico di ernia inguinale. L'intervento veniva integralmente eseguito dai due medici specializzandi in chirurgia. In particolare, il capo-*équipe*, dopo aver autorizzato l'anestesia, si era allontanato dalla sala operatoria e non si era ripresentato né durante né dopo l'intervento. La Corte di Cassazione ha chiamato a rispondere delle lesioni cagio-

²¹ Cass., Sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360, Rago, in C.E.D. Cass., n. 240941.

²² Cass., Sez. IV, 1 giugno 2007, Scipioni, in C.E.D. Cass., n. 236726.

nate al paziente, a causa dell'errore in cui erano incorsi i due operatori (erronea saturazione dell'arteria femorale), anche il capo-*équipe*, perché questi avrebbe dovuto partecipare direttamente all'attività chirurgica, svolgendo il suo ruolo di guida e di insegnamento di medici ancora non adeguatamente preparati ad agire in autonomia.

Analogamente, Cass., Sez. IV, 11 marzo 2005, Dilonardo²³, in una fattispecie di decesso del paziente per complicazioni post-operatorie, verificatesi a seguito di un intervento chirurgico altamente specialistico, ha riconosciuto, tra l'altro, la responsabilità del capo-*équipe* che, dopo aver realizzato l'intervento, si era disinteressato del paziente, in quanto, terminato il turno, lo aveva lasciato in cura agli altri sanitari della struttura ospedaliera, senza assicurarsi che fosse adeguatamente assistito dopo l'operazione da personale idoneo e presente in numero adeguato e senza fornire le necessarie indicazioni terapeutiche. La Corte di Cassazione ha, così, affermato il principio secondo cui il capo dell'*équipe* operatoria è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, che si estende alla fase dell'assistenza post-operatoria, che il chirurgo ha il dovere di controllare e seguire direttamente, ovvero attraverso interposta persona.

In un'altra sentenza²⁴, la Cassazione ha ritenuto il medico anestesista responsabile della morte del paziente, dovuta all'erronea trasfusione di sangue incompatibile con il suo gruppo sanguigno effettuata dal sanitario collaboratore dell'anestesista presente in sala operatoria. Nel corso dell'intervento chirurgico, il medico anestesista dell'*équipe*, nelle cui mansioni rientra anche la trasfusione del sangue al paziente, aveva incaricato un suo subalterno di procedere alla sostituzione del flacone esaurito con altro nuovo. Questi, però, aveva errato nell'espletamento dell'incarico, cagionando la trasfusione di sangue incompatibile con il gruppo sanguigno del paziente. All'anestesista veniva rimproverato di non aver tenuto sotto controllo l'attività svolta dal suo collaboratore e, per questo, veniva chiamato a rispondere della morte del paziente. Nonostante ciascun flacone di sangue fosse contrassegnato dall'evidente indicazione del gruppo sanguigno e del nome della persona a cui era destinato e l'anestesista si fosse avvalso, non di personale infermieristico, bensì di un collaboratore avente la qualifica di medico, è stato configurato a suo carico un obbligo di controllo, la cui violazione ha giustificato un rimprovero a titolo di colpa.

Una soluzione maggiormente rispettosa del principio di affidamento è stata raggiunta da un'altra recente sentenza della Corte di Cassazione²⁵, relativa a un caso di lesioni personali colpose cagionate al paziente du-

²³ Cass., Sez. IV, 11 marzo 2005, Dilonardo, in *Cass. pen.*, 2006, 2159, con nota di ROJATI, *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*.

²⁴ Cass., Sez. IV, 16 novembre 1990, Rappizzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 187989.

²⁵ Cass., Sez. IV, 26 giugno 2008, Verani, in *C.E.D. Cass.*, n. 241365.

rante un intervento chirurgico, in cui questi, per negligenza e imperizia dei sanitari, veniva operato al testicolo sbagliato. In particolare, il paziente si era sottoposto a una visita urologica, all'esito della quale gli era stata diagnosticata la presenza di cisti sebacee della cute scrotale e consigliata una risoluzione chirurgica del problema. Il paziente era stato così ricoverato e sottoposto a intervento chirurgico, che però, a causa di una complicazione delle sue condizioni cardio-circolatorie, veniva interrotto e rinviato. Due mesi dopo, il paziente veniva nuovamente sottoposto a intervento chirurgico. Tuttavia, il giorno precedente l'operazione l'aiuto del chirurgo, nell'eseguire l'anamnesi e l'esame obiettivo del paziente, aveva rilevato la presenza di un nodulo nel testicolo sinistro, ossia opposto a quello ove erano presenti le cisti da rimuovere in via chirurgica, e aveva diagnosticato una neoplasia. Il giorno successivo, quando il medico responsabile dell'intervento si era recato in sala operatoria, dove aveva trovato già sedato e preparato il paziente, il suo aiuto gli aveva comunicato che il lato da operare era quello sinistro. Accertata l'erroneità della diagnosi eseguita dall'aiuto chirurgo, la Suprema Corte ha riconosciuto la concorrente responsabilità del chirurgo capo-*équipe*, enunciando il principio secondo cui deve considerarsi negligente il comportamento del chirurgo responsabile dell'intervento il quale, facendo esclusivo affidamento sulla pregressa diagnosi svolta dal suo aiuto e comunicatagli verbalmente in sala operatoria, proceda all'operazione senza aver prima proceduto al riscontro della diagnosi stessa. In particolare, il chirurgo, nella sua qualità di capo-*équipe*, non si sarebbe dovuto fidare interamente delle indicazioni e delle informazioni del proprio aiuto, senza procedere direttamente alla raccolta dei dati anamnestici e all'esame obiettivo del paziente, ma avrebbe dovuto sottoporre a verifica e controllo quanto riferitogli dal proprio aiuto in ordine all'opportunità di eseguire l'intervento su altra parte del corpo del paziente (il testicolo sinistro invece di quello destro) e per rimuovere una patologia diversa rispetto a quella da lui originariamente diagnosticata (neoplasia invece di cisti).

Secondo i giudici di legittimità, insomma, nella situazione concreta, il principio di affidamento non poteva escludere, in capo al chirurgo responsabile dell'intervento, un personale dovere di controllo e di verifica dell'altrui operato.

Nella fattispecie in esame, la Suprema Corte ha ravvisato il fondamento di questo ulteriore dovere di diligenza, avente ad oggetto la sorveglianza dell'attività dei medici collaboratori, non solamente nella qualità di capo-*équipe* rivestita dal chirurgo, ma anche e soprattutto negli specifici elementi concreti che non potevano non far venir meno la fiducia nell'adeguatezza e nella correttezza della condotta del suo collaboratore. Questi, infatti, era incorso in un errore banale nel diagnosticare la neoplasia al testicolo sinistro del paziente e il chirurgo aveva superficialmente aderito a questa erronea diagnosi, omettendo qualsivoglia forma

di riscontro o approfondimento, tramite esami strumentali ulteriori del tutto usuali quando vi è il sospetto di un tumore, ancorché possibili e, soprattutto, doverosi in presenza delle concrete circostanze fattuali (visita precedente in cui il sanitario aveva diagnosticato solamente delle cisti; intervento eseguito due mesi prima e non portato a compimento per sopravvenute complicanze, ecc.).

In presenza di ragioni oggettive o soggettive che possono e devono far dubitare della correttezza della condotta di uno dei partecipanti all'èquipe medica, consistita nel caso di specie in un mutamento della diagnosi comunicata in sala operatoria, il capo-èquipe ha, quindi, l'obbligo di controllare l'altrui operato, potendo altrimenti essere chiamato a rispondere dell'evento lesivo cagionato al paziente.

4.1. La posizione del primario

In relazione alla seconda ipotesi, attinente all'organizzazione generale, di tipo gerarchico, di una divisione ospedaliera, la giurisprudenza si è trovata ad affrontare frequentemente il problema del rapporto tra medici operanti all'interno di una stessa struttura ospedaliera, legati da rapporti di tipo gerarchico.

In relazione alla figura del medico che ricopre una posizione apicale all'interno della struttura sanitaria, la prevalente giurisprudenza è orientata a valorizzare il ruolo del primario, il quale, in quanto titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, viene normalmente ritenuto responsabile dell'evento lesivo verificatosi a causa della condotta colposa realizzata da uno dei medici ospedalieri del suo reparto.

Nella prassi giurisprudenziale, quindi, si trova sovente affermata la penale responsabilità del primario, in caso di esito infausto del trattamento medico-chirurgico ascrivibile all'errore diagnostico o terapeutico del medico in posizione subalterna a cui il paziente era stato affidato, sul presupposto del mancato o erroneo esercizio delle «funzioni di indirizzo e verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura», dell'omissione delle «direttive e istruzioni» che il caso rendeva necessarie, ovvero del mancato esercizio della «verifica inerente l'attuazione di esse»²⁶.

In una fattispecie di omicidio colposo²⁷, in cui la morte del paziente era stata cagionata dall'omessa diagnosi di versamento pleurico, ad esempio, la Suprema Corte ha affermato la responsabilità penale, non solo dei

²⁶ Si tratta delle funzioni che l'art. 63 del d.p.r. 761/1979 (Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali) attribuiva al medico che, all'interno della struttura sanitaria, ricopre la posizione apicale.

²⁷ Cass., Sez. IV, 11 novembre 1994, Presta, in *C.E.D. Cass.*, n. 201553.

sanitari componenti il collegio medico che aveva in cura il paziente, ricoverato a seguito di un grave incidente automobilistico, per non aver saputo valutare e interpretare la sintomatologia del malato, così omettendo i provvedimenti diagnostici, anche più semplici ed elementari, alla portata di qualsiasi abilitato alla professione sanitaria, e, di conseguenza, i provvedimenti terapeutici necessari, ma anche del primario, responsabile del reparto di chirurgia, ove il paziente era stato ricoverato, proprio perché, in tale sua qualità, a lui competeva «l'esercizio della funzione di indirizzo, direzione e verifica dell'attività diagnostica e terapeutica, e l'adozione delle scelte terapeutiche adeguate all'evoluzione della condizione nosologica del paziente».

In altra pronuncia²⁸, i giudici di legittimità non hanno attribuito alcuna rilevanza al principio di affidamento nei rapporti tra due sanitari, specialisti nella stessa disciplina (ginecologia), ma aventi una diversa posizione gerarchica. Il ginecologo di turno aveva sottoposto a visita una paziente ricoverata perché accusava dolori da parto e, erroneamente, aveva diagnosticato una colica renale della partoriente, senza rendersi conto della sofferenza fetale acuta in atto. A causa dell'aggravarsi della situazione, il ginecologo aveva, però, deciso di far partorire la donna con taglio cesareo e aveva fatto chiamare l'aiuto primario del reparto che, giunto poco dopo in ospedale, senza eseguire altra visita sulla partoriente e senza compiere altri esami, aveva autorizzato il parto cesareo, da cui nasceva una bambina che, poco dopo, decedeva per complicazioni ascrivibili all'insufficienza respiratoria subita.

In questa fattispecie, la Corte di Cassazione ha riconosciuto la responsabilità penale, non solo del ginecologo di turno, per l'errore diagnostico in cui era incorso, ma anche dell'aiuto primario, il quale «aveva l'obbligo di attivarsi immediatamente e direttamente anche eseguendo personalmente altri accertamenti per assicurarsi dello stato della partoriente e, soprattutto, del feto, senza adagiarsi supinamente sull'inesatta diagnosi dell'assistente e proseguire nell'erroneo atteggiamento di costui». All'aiuto primario, quindi, veniva rimproverato di non aver compiuto alcun accertamento personale ulteriore e di aver avallato la diagnosi gravemente erronea del collega, «aggiungendo la sua causale negligenza a quella del collega».

Analoga soluzione, improntata a un particolare rigore nella valutazione della posizione del primario rispetto agli eventi lesivi cagionati dalla condotta colposa di medici ospedalieri a lui sottordinati, è stata adottata da una sentenza della Suprema Corte²⁹ relativa a una fattispecie in cui

²⁸ Cass., Sez. IV, 19 gennaio 1999, Montagner, in *Cass. pen.*, 2000, p. 583, con nota di BLAIOTTA, e in *Riv. pen.*, 1999, 765.

²⁹ Cass., Sez. IV, 22 settembre 1989, Cipollato, in *C.E.D. Cass.*, n. 182711.

il medico di guardia del pronto soccorso aveva somministrato, per via intramuscolare, una dose di *Amplium* al paziente, senza essersi previamente accertato che questi non fosse allergico al farmaco, tramite un'appropriate indagine anamnestica e, eventualmente, la prova epicutanea, così cagionandone la morte per *shock* anafilattico. La Suprema Corte ha riconosciuto, previamente, la responsabilità del medico di guardia che, nonostante la presenza, in reparto, del primario, si era, sin dal principio, occupato del paziente. Tuttavia, ha poi ammesso la concorrente responsabilità del primario, sul presupposto che, *ex art.* 63 d.pr. 761/1979, questi ha il potere-dovere di impartire direttive e istruzioni, nonché di verificarne l'attuazione. Insomma, la circostanza che il primario fosse presente «nelle stanze del pronto soccorso» e avesse, pertanto, la possibilità di percepire la natura del problema clinico da risolvere, nonché il modo in cui il medico di guardia lo stava affrontando, è stato sufficiente per affermare la penale responsabilità dello stesso che, nella sua qualità, «è obbligato anche a vigilare sull'attività del personale sanitario assegnato al suo reparto e a intervenire per rimediare ai loro errori».

Altra interessante pronuncia, intervenuta sul tema dei rapporti di tipo gerarchico tra sanitari di una divisione ospedaliera, è Cass., Sez. IV, 7 dicembre 1999, Gulisano³⁰. Una donna in stato di gravidanza (trigemellare) era stata ricoverata in ospedale, a causa dell'insorgenza di complicazioni. Nonostante i sintomi della donna, quali arsuria, colore giallastro, nausea, cefalea, gonfiore, avrebbero dovuto indurre i sanitari a disporre gli opportuni esami – che, se regolarmente eseguiti e reiterati, avrebbero evidenziato la sofferenza epatica della paziente –, i medici li avevano sottovalutati, tanto che i tre feti nascevano morti e la donna, a seguito di emorragia e di intervento di isterectomia, entrava in coma e decedeva. La Suprema Corte ha ritenuto responsabili dell'evento lesivo, non solo i medici del reparto di ostetricia che si erano occupati della paziente durante il suo ricovero, ma anche il primario, in quanto il primario ospedaliero è titolare di una specifica posizione di garanzia nei confronti dei suoi pazienti, alla quale non può sottrarsi adducendo che ai reparti sono assegnati altri medici o che il suo intervento è dovuto solo in casi di particolari difficoltà o di complicazioni. Il medico appartenente alla posizione apicale, infatti, ha il potere di impartire istruzioni e direttive in ordine alla diagnosi e alla cura e di verificarne l'attuazione da parte degli altri sanitari assegnati al suo reparto, ancorché nel rispetto della loro autonomia professionale operativa. Il primario, quindi, in forza della sua posizione direttiva e di controllo, ha il potere decisionale sulla terapia da seguire e sugli interventi da effettuare, con conseguente responsabilità qualora ometta di esercitare questi poteri.

³⁰ Cass., Sez. IV, 7 dicembre 1999, Gulisano, in *C.E.D. Cass.*, n. 215660.

Ciò che appare opportuno rilevare, in relazione alle pronunce esaminate, è che la Suprema Corte, nell'affermare la concorrente responsabilità del primario, per l'evento lesivo verificatosi, non attribuisce alcun rilievo alla peculiarità delle concrete circostanze fattuali, dalle quali il medico in posizione gerarchicamente sovraordinata avrebbe potuto e dovuto percepire l'errore diagnostico del collega, medico specialista nella medesima disciplina anche se dotato di una minore esperienza professionale, né individua, con precisione, la diversa condotta che il sanitario avrebbe dovuto tenere, per rimediare alla violazione delle *leges artis* commessa dall'assistente. Insomma, sembra che i giudici di legittimità facciano derivare la responsabilità colposa del primario dalla sua posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto a quella del medico subordinato, indipendentemente da un'indagine concreta ed effettiva sulle circostanze fattuali che avrebbero giustificato il venir meno della legittima aspettativa circa il comportamento diligente e perito del collega da parte del primario.

La soluzione prospettata appare, quindi, improntata all'esigenza di una metodica sfiducia del medico in posizione apicale rispetto all'attività svolta dai suoi collaboratori³¹. Essa trova fondamento, a livello normativo, nella lettera dell'art. 63 del d.p.r. 20 dicembre 1979 n. 761, recante lo stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali, a norma del quale «il medico appartenente alla posizione apicale svolge attività e prestazioni medico-chirurgiche, attività di studio, di didattica e di ricerca, di programmazione e di direzione dell'unità operativa o dipartimentale, servizio multizonale o ufficio complesso affidatogli. A tal fine cura la preparazione dei piani di lavoro e la loro attuazione ed esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, nel rispetto dell'autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli, impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse. In particolare, per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali. Le modalità di assegnazione in cura dei pazienti

³¹ In senso critico nei confronti di questo orientamento giurisprudenziale: VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, cit., 197, secondo cui il ragionamento della giurisprudenza si basa su un meccanismo che porta la responsabilità del medico in posizione apicale a sconfinare in una responsabilità oggettiva, se non addirittura per fatto altrui in violazione dell'art. 27 Cost.; ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *Ind. pen.*, 2007, 735; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, pt. gen., Milano, 2006, 274, che parlano di esasperazione del dovere di controllo in ambito ospedaliero, tale da trasformare la *culpa in vigilando* del primario in responsabilità oggettiva, accollandogli invariabilmente le condotte colpose del sanitario delegato anche quando nulla lasciava prevedere che si sarebbe comportato in modo negligente o imperito.

debbono rispettare criteri oggettivi di competenza, di equa distribuzione del lavoro, di rotazione nei vari settori di pertinenza».

Dopo la riforma della dirigenza sanitaria – attuata, prima, con il d.lgs. n. 502/1992, che aveva eliminato la distinzione tra primari, aiuti e assistenti, distinguendo tra dirigenti di primo e di secondo livello, poi, con il d.lgs. n. 229/1999³², che ha introdotto un ruolo unico di dirigente sanitario con diversi profili professionali, e ha distinto due tipi di struttura, quella semplice e quella complessa, valorizzando il ruolo di tutti i dirigenti medici e riconoscendone la piena autonomia sul piano dell'attività diagnostica e terapeutica, al fine di contemperare la gerarchia ospedaliera con l'autonomia professionale dei medici³³ –, la Suprema Corte non ha mutato il suo orientamento.

Secondo la Cassazione³⁴, l'eliminazione della figura del primario è questione meramente terminologica, in quanto al dirigente sanitario in

³² In particolare, l'art. 15 del d.lgs. 502/1992, come modificato dal d.lgs. 223/1999 prevede che «l'attività dei dirigenti sanitari è caratterizzata, nello svolgimento delle proprie mansioni e funzioni, dall'autonomia tecnico-professionale i cui ambiti di esercizio, attraverso obiettivi momenti di valutazione e verifica, sono progressivamente ampliati. L'autonomia tecnico-professionale, con le connesse responsabilità, si esercita nel rispetto della collaborazione multiprofessionale, nell'ambito di indirizzi operativi e programmi di attività promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale ed aziendale, finalizzati all'efficace utilizzo delle risorse e all'erogazione di prestazioni appropriate e di qualità. Il dirigente, in relazione all'attività svolta, ai programmi concordati da realizzare ed alle specifiche funzioni allo stesso attribuite, è responsabile del risultato anche se richiedente un impegno orario superiore a quello contrattualmente definito». «All'atto della prima assunzione, al dirigente sanitario sono affidati compiti professionali con precisi ambiti di autonomia da esercitare nel rispetto degli indirizzi del dirigente responsabile della struttura e sono attribuite funzioni di collaborazione e corresponsabilità nella gestione delle attività. A tali fini il dirigente responsabile della struttura predispone e assegna al dirigente un programma di attività finalizzato al raggiungimento degli obiettivi prefissati ed al perfezionamento delle competenze tecnico professionali e gestionali riferite alla struttura di appartenenza. In relazione alla natura e alle caratteristiche dei programmi da realizzare, alle attitudini e capacità professionali del singolo dirigente; al dirigente, con cinque anni di attività sono attribuite funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e di controllo, nonché possono essere attribuiti incarichi di direzione di strutture semplici». «Ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa sono attribuite, oltre a quelle derivanti dalle specifiche competenze professionali, funzioni di direzione e organizzazione della struttura, da attuarsi, nell'ambito degli indirizzi operativi e gestionali del dipartimento di appartenenza, anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa, e l'adozione delle relative decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio e per realizzare l'appropriatezza degli interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, attuati nella struttura loro affidata. Il dirigente è responsabile dell'efficace ed efficiente gestione delle risorse attribuite».

³³ Sul punto: BLAIOTTA, *La colpa*, cit., 436; IADECOLA, *Colpa professionale*, cit., 965; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, cit., 201.

³⁴ Cass., Sez. IV, 23 dicembre 2005, Sciortino, in *Cass. pen.*, 2007, 143, con nota di IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe*, cit.; in *Ind. pen.*, 2007, 728, con nota di ROIATI, *Il medico in posizione apicale*, cit.

posizione apicale (oggi denominato «dirigente con incarico di struttura complessa») continua a spettare la cura di tutti i malati affidati alla divisione da lui diretta, oltre all'organizzazione generale di tale struttura. Tale compito può e deve essere attuato fornendo direttive specifiche e generiche ai medici operanti all'interno della struttura, nonché con l'esercizio di poteri di vigilanza e verifica dell'attività autonoma o delegata dei medici subordinati, fermo restando il potere di avocare a sé la gestione di singoli pazienti.

Nel caso di specie, il paziente era stato ricoverato nel reparto di chirurgia ortopedica a seguito di un incidente stradale, per sospette fratture all'arto inferiore destro. Il paziente aveva altresì subito la lesione dell'arteria femorale, che aveva innescato un processo ischemico che aveva condotto al suo decesso. Tale lesione sarebbe stata evidenziata da una tempestiva angiografia, che invece non era stata eseguita dai sanitari dell'ospedale. Oltre ai medici di turno che si erano succeduti nella cura e nell'assistenza del paziente – la cui colpa è stata ravvisata nel ritardo con cui avevano disposto gli esami che fin dall'inizio apparivano necessari, quali un'angiografia, che avrebbe reso evidente la lesione e avrebbe indotto a intervenire immediatamente –, i giudici di legittimità hanno condannato il primario della divisione di ortopedia per essere venuto meno al compito di direzione e vigilanza, improntato all'adozione e alla programmazione delle cure e dei trattamenti migliori a garanzia dei malati, per salvaguardare la loro integrità fisica e la vita stessa. Il primario ha, infatti, il dovere di indicare rimedi e cure appropriate alla salvaguardia delle condizioni di salute dei pazienti, tramite la programmazione interna e l'indicazione specifica della corretta procedura medica da seguire nei casi simili, nonché di vigilare sui casi di ricovero particolarmente meritevoli di attenzione professionale.

La Corte di Cassazione, insomma, ha rilevato che il dirigente medico ospedaliero in posizione apicale è titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura, ancorché assegnati ad altri medici ad essa appartenenti, anche a seguito dei decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999, di modifica dell'ordinamento interno dei servizi ospedalieri, che hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico con i medici che con lui collaborano, ma non hanno eliminato il potere-dovere, in capo al dirigente medico in posizione apicale, di dettare direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura, ed infine di avocare a sé la gestione dei singoli pazienti. Ne consegue che, l'omesso esercizio di queste competenze comporta il coinvolgimento del dirigente medico in posizione apicale nella responsabilità per l'evento lesivo cagionato dall'errore diagnostico o terapeutico commesso dai medici collaboratori.

La riduzione dei medici ospedalieri, dal 1992, a due livelli e, poi, dal 1999, a un solo livello, non ha abolito l'esistenza di un dirigente sanitario con funzione apicale, che si trova non solo in posizione di preminenza

professionale rispetto agli altri sanitari, ma anche di preposto all'organizzazione e alla programmazione dell'attività terapeutica del reparto.

Il dirigente medico in funzione apicale deve, allora, fornire le informazioni programmatiche, che consentano ai suoi collaboratori l'efficiente svolgimento dell'attività sanitaria e la gestione dei casi clinici sottoposti alla loro attenzione, e verificare, in via generale, il funzionamento del reparto e la correttezza delle scelte diagnostiche e terapeutiche intraprese dai medici ivi operanti. Accanto ai casi clinici ordinari, poi, vi sono situazioni che assumono particolare importanza, o perché trattasi di patologie non frequenti, che richiedono una particolare conoscenza della professione medica, o perché vi è grave pericolo per la salute del paziente ricoverato, nel qual caso l'intervento del dirigente sanitario in posizione apicale deve essere più stringente, sino ad avocare a sé, se necessario, la sua diretta gestione. Accanto a un potere di verifica e controllo generale sull'andamento del reparto e sull'attività curativa ivi svolta, quindi, il dirigente in funzione apicale, venuto a conoscenza, o avendo la possibilità di venire a conoscenza, di una situazione in cui le *leges artis* necessitano di una particolare competenza per la complicità del caso, deve fornire il proprio diretto contributo per la migliore assistenza che il paziente richiede.

Insomma, nonostante la maggiore autonomia riconosciuta a tutti i dirigenti medici sul piano delle scelte terapeutiche, la circostanza che al dirigente sanitario in posizione apicale siano espressamente attribuite «funzioni di direzione e organizzazione della struttura, da attuarsi, anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa, e l'adozione delle relative decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio e per realizzare l'appropriatezza degli interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, attuati nella struttura loro affidata», significa che a questi sono assegnate prerogative, e connesse responsabilità, analoghe a quelle che, nel vigore della precedente disciplina, spettavano al primario³⁵.

Anche in seguito alla riforma del 1999, quindi, la fisionomia dei poteri-doveri del medico in funzione apicale è rimasta invariata, permanendo, in capo a questi, poteri-doveri di programmazione, verifica e intervento diretto³⁶.

4.2. Il medico ospedaliero in posizione subalterna

Anche con riferimento alla posizione del medico con ruolo subordinato, il quadro delineato dalla giurisprudenza di legittimità è impron-

³⁵ IADECOLA, *Colpa professionale*, cit., p. 966; BLAIOTTA, *La colpa*, cit., 437.

³⁶ IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe*, cit., 157.

tato a notevole rigore. In considerazione dell'importanza del bene della vita e dell'integrità psico-fisica del paziente, di cui ogni sanitario, indipendentemente dalla qualifica professionale raggiunta, è garante, la Suprema Corte è solita riconoscere la responsabilità concorrente di tutti i soggetti che, a vario titolo, partecipano all'attività curativa, sancendo il principio secondo cui «il rapporto di subordinazione tra due sanitari, quali il primario di una divisione ospedaliera e l'assistente, non può essere in nessun caso considerato tanto assoluto e vincolante da far ritenere che il sottoposto, nell'uniformarsi alle disposizioni del superiore, che concretizzano una condotta colposa, non vi cooperi volontariamente, e da esonerarlo, conseguentemente, dalla responsabilità per l'evento derivante da quella condotta».

La Suprema Corte ha escluso che il medico in posizione subordinata, ancorché debba collaborare con il primario e con gli aiuti nei loro compiti, seguendone le direttive, sia tenuto, nella cura dei malati a lui direttamente affidati, «ad un pedissequo e acritico atteggiamento di sudditanza verso gli altri sanitari». Per contro, qualora, nelle scelte diagnostiche o terapeutiche effettuate dai superiori, vi siano elementi di sospetto, percepiti o percepibili con l'ordinaria diligenza e perizia da parte dell'assistente, questi ha il dovere di segnalarli e di esprimere il proprio dissenso. Solamente in tal caso, ad avviso dei giudici di legittimità, l'assistente ospedaliero potrà rimanere esente da responsabilità se il superiore gerarchico non ritenga di condividere il suo atteggiamento³⁷.

Una chiara presa di posizione della giurisprudenza, in ordine alla responsabilità penale del medico ospedaliero che riveste un ruolo gerarchicamente subordinato nell'ambito della struttura sanitaria in cui si trova a operare, emerge da Cass., Sez. IV, 17 novembre 1999, Zanda³⁸ che ha af-

³⁷ Così: Cass., Sez. IV, 28 giugno 1996, Cortellaro, in *Cass. pen.*, 1997, 3034; App. Caltanissetta, 15 gennaio 2003, Salvaggio, in *Foro it.*, 2005, II, c. 621, con nota di DI LANDRO, la quale ha escluso che sia configurabile «un rapporto di dipendenza, in senso gerarchico, del singolo sanitario ospedaliero nei confronti del titolare dell'incarico primario all'interno del reparto ospedaliero in cui entrambi prestano la loro opera professionale, con la conseguenza che ogni espressa indicazione terapeutica non può mai vincolare il singolo sanitario, al quale spetta il potere di rivalutare le determinazioni del superiore, qualora individui l'esigenza di sottoporre il paziente a ulteriori indagini diagnostiche, ovvero di revocare le già disposte prescrizioni farmacologiche».

³⁸ Cass., Sez. IV; 17 novembre 1999, Zanda, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1626, con nota di VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero*, cit.; in *Cass. pen.*, 2001, 154, con nota di RIVERDITI, *Responsabilità dell'assistente medico per gli errori terapeutici del primario: la mancata manifestazione del dissenso dà (sempre) luogo a un'ipotesi di responsabilità per mancato impedimento dell'evento?*; in *Guida dir.*, 2000, n. 5, 95, con nota di AMATO, *Solo l'esplicita manifestazione del dissenso esclude la colpa dell'aiuto chirurgo*. La sentenza di primo grado, Pret. Caltanissetta, 27 ottobre 1995, Zanda, si trova in *Foro it.*, 1996, II, c. 522, e in *Foro it.*, 1997, II, c. 418, con nota di TRAMONTANO, *Causalità attiva e omissiva, obblighi divisi e congiunti di garanzia: tre sentenze a confronto*. Sulla sentenza, si veda anche: BLAIOTTA, *La colpa*, cit., 437.

frontato, appunto, il problema dei rapporti tra primario e assistenti ospedalieri ai fini del riparto di responsabilità penale in caso di esito infausto del trattamento medico-chirurgico, offrendo una soluzione ermeneutica di valenza generale, che vada al di là del singolo caso concreto.

A seguito di un incidente stradale, una donna era stata ricoverata in ospedale, nel reparto di traumatologia e ortopedia, ove era insorta una grave forma di sepsi che interessava la fossa ischio rettale e la regione pelvica, a seguito della quale la paziente era deceduta. Nel corso del ricovero, la paziente era stata affidata in cura a un assistente ospedaliero, che seguiva le direttive e le istruzioni, sulle scelte diagnostiche e terapeutiche, impartite dal primario. La Suprema Corte ha confermato le sentenze di primo e di secondo grado, che avevano riconosciuto la concorrente responsabilità del primario e dell'assistente, procedendo a una ricostruzione interpretativa del rapporto tra le due categorie di sanitari, alla luce dell'art. 63 del d.p.r. 761/1979³⁹. I giudici di legittimità hanno sottolineato che «la normativa in esame non configura affatto la posizione dell'assistente come quella di un mero esecutore di ordini», come si desume chiaramente dalla circostanza che detta normativa, da un lato, prevede una responsabilità dell'assistente per le attività professionali a lui direttamente affidate e, dall'altro, ribadisce che il primario deve rispettare l'autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli, salvo il potere di avocare a sé il caso. «Quando la norma parla di autonomia vincolata alle direttive ricevute, quindi, non intende riferirsi a una subordinazione gerarchica che non consente scelte diverse, ma a un'autonomia limitata dalla possibilità, per il medico in posizione superiore, di imporre le proprie scelte terapeutiche qualora esse contrastino con quelle del medico a cui il caso è stato assegnato». «Se dunque primario e assistente condividono le scelte diagnostiche e terapeutiche, entrambi ne assumono la responsabilità». Per contro, «il medico in posizione inferiore che ritenga che il trattamento terapeutico disposto dal superiore comporti un rischio per il paziente, è tenuto a segnalare quanto rientra nelle sue conoscenze, esprimendo il proprio dissenso con le scelte del medico in posizione superiore, in quanto altrimenti potrà essere ritenuto responsabile dell'esito negativo del trattamento, per non aver impedito l'evento lesivo».

Come sottolineato dalla Suprema Corte, per rafforzare la soluzione raggiunta nel caso in esame, il decesso della paziente era derivato da una

³⁹ Come si è visto, il sistema di gerarchia ospedaliera, dettato dal d.p.r. 761/1979 è stato modificato dalla successiva normativa in materia di dirigenza sanitaria, la quale ha introdotto il ruolo unico dei dirigenti sanitari, sostituendo la suddivisione tra medici in posizione iniziale, intermedia e apicale con un nuovo assetto, in cui ai medici è riconosciuto lo *status* di dirigenti sanitari, così da rafforzarne l'autonomia professionale e operativa. Permane, comunque, la figura tradizionale del primario, che si identifica nel dirigente con incarico di direzione di struttura complessa.

patologia settica, non diagnosticata e, quindi, non curata, che rientrava, in quanto tale, nella competenza generica del professionista sanitario e non in quella specialistica del reparto di ricovero. Il rimprovero a titolo di colpa, quindi, si è fondato sulla violazione delle regole dell'arte medica di carattere elementare e, come tali, appartenenti al patrimonio professionale di qualsiasi sanitario (quali, ad esempio, lo studio dell'agente patogeno o la revisione chirurgica della zona interessata dall'infezione). Alcune delle terapie di cui si è lamentata l'omissione, poi, erano semplici e potevano essere autonomamente disposte dall'assistente, anche in assenza di qualsivoglia direttiva specifica, anzi avrebbero ben potuto costituire delle mere integrazioni rispetto al trattamento sanitario concordato con il primario. Tali circostanze hanno contribuito a giustificare l'affermazione di responsabilità concorrente dell'assistente, il quale avrebbe dovuto discostarsi dalle direttive impartite dal primario, o comunque integrare le stesse con ulteriori attività diagnostiche e terapeutiche, in considerazione della loro erroneità e lacunosità percepibile alla stregua del comune ed elementare patrimonio di cognizioni tecniche e scientifiche dell'esercente la professione sanitaria, indipendentemente appunto dal livello professionale raggiunto e dal settore di specializzazione.

In una precedente pronuncia⁴⁰, la Suprema Corte aveva riconosciuto la responsabilità dell'assistente ospedaliero, per la morte del paziente ricoverato che era stato affidato dal primario alle sue cure, nonostante l'errore nella scelta terapeutica fosse stato compiuto da quest'ultimo. L'assistente, infatti, una volta ricevuto l'affidamento del paziente da parte del primario, ha l'obbligo di assumere, sulla base delle conoscenze del caso acquisite, le iniziative necessarie per provocare in ambito decisionale i provvedimenti richiesti da eventuali esigenze terapeutiche, con conseguente responsabilità per gli eventi lesivi che colpiscono il paziente a lui affidato.

Analoga soluzione è stata raggiunta dalla Suprema Corte in relazione ai rapporti tra primario e aiuto, ossia il medico ospedaliero in posizione intermedia, in una fattispecie di omicidio colposo⁴¹, in cui il paziente, al momento del ricovero, presentava una sintomatologia equivoca, che era stata interpretata dal primario del reparto di chirurgia come pancreatite acuta. La diagnosi del primario veniva condivisa, in un primo momento, dal suo aiuto e diretto collaboratore. Tuttavia, successivamente, questi aveva cominciato a nutrire dei dubbi sulla correttezza della diagnosi formulata, ritenendo che la sintomatologia evolvesse in modo da denunciare un'occlusione intestinale, la quale richiedeva di intervenire chirurgicamente in via immediata. Ciò perché aveva avuto modo di visitare nuovamente il paziente, di parlare con i genitori e raccogliere nuovi dati anamnestici,

⁴⁰ Cass., Sez. IV, 25 agosto 1994, Pizza, in *C.E.D. Cass.*, n. 199758.

⁴¹ Si veda: Cass., Sez. IV, 8 novembre 1988, Angelli, in *Cass. pen.*, 1990, 245.

di contattare telefonicamente il medico di famiglia del paziente, che gli aveva richiamato l'attenzione sul carattere equivoco della sintomatologia del bambino. L'aiuto del primario, però, non aveva manifestato i suoi dubbi e non si era discostato dalla diagnosi del superiore. Della morte del paziente, cagionata da *shock* settico secondario a peritonite, quindi, la Suprema Corte ha chiamato a rispondere, non solo il primario, che aveva compiuto l'errore diagnostico, ma anche il suo aiuto, proprio perché, nonostante gli elementi a sua disposizione gli consentissero di percepire la condotta colposa del superiore, «aveva lasciato correre le cose, associandosi al convincimento e al comportamento del primario»⁴².

La concorrente responsabilità del primario e dell'aiuto è stata riconosciuta, altresì, da Cass., Sez. IV, 7 giugno 2000, Perrino⁴³. Una paziente veniva ricoverata d'urgenza a seguito di un malore e veniva sottoposta a esame TAC, da cui emergeva un'emorragia cerebrale. All'esito di un ulteriore esame, quello angiografico, emergeva una situazione drammatica, che palesava come urgentissima l'esigenza di un intervento chirurgico. Tuttavia, l'aiuto primario del reparto di neurochirurgia, invece di operare, aveva avvertito il primario, perché questi gli aveva ordinato di non assumere iniziative relative a casi delicati. L'intervento era stato così eseguito tardivamente, solo quando il primario si era recato in ospedale e non aveva impedito il decesso della paziente. La Suprema Corte ha ravvisato la responsabilità per omicidio colposo anche dell'aiuto primario, perché – ancorché il primario possa, in relazione ai periodi di legittima assenza dal servizio, imporre all'aiuto l'obbligo di informarlo ed ha diritto di intervenire direttamente –, tuttavia quando, avvertito, abbia dichiarato di voler assumere su di sé la decisione del caso, l'aiuto non può restare inerte in attesa del suo arrivo, ma, essendo titolare di un'autonoma posizione di garanzia nei confronti dei pazienti, deve attivarsi secondo le regole dell'arte medica per rendere operativo ed efficace l'intervento del predetto primario, se del caso

⁴² Analoga soluzione è stata raggiunta da: Pret. Crotone, 26 giugno 1993, Concio, in *Foro it.*, 1993, II, c. 721. Si trattava di un paziente che, al momento del ricovero, presentava una patologia toracica e una addominale. Il primario del reparto di chirurgia aveva soffermato la sua attenzione unicamente su quest'ultima, tralasciando la patologia toracica. Di questo errore diagnostico non si erano accorti gli altri medici del reparto, i quali si erano difesi in giudizio sostenendo che non era in loro potere disattendere le direttive del primario. L'organo giudicante, invece, sottolineata la differenza tra il potere di direttiva del primario, che avviene nel rispetto dell'autonomia professionale del sanitario subordinato, e il suo potere di avocazione, che tale autonomia elimina, ha ritenuto che, nel caso in esame, il primario non aveva avvocato a sé il caso, affidandolo all'assistente del reparto. Il sanitario, quindi, conservava autonomia sulle scelte terapeutiche da attuare, nonostante le direttive e istruzioni impartite dal primario, il discostamento dalle quali si rendeva ancor più doveroso, nel caso concreto, dal fatto che il quadro clinico del paziente era mutato e questo avrebbe potuto e dovuto indurre il medico ospedaliero a capire che la diagnosi del primario era sbagliata.

⁴³ Cass., Sez. IV, 7 giugno 2000, Perrino, in *C.E.D. Cass.*, n. 216801.

a quest'ultimo sostituendosi. Nella specie, invece, in attesa dell'arrivo del primario che aveva riservato a sé un intervento chirurgico urgente, l'aiuto non solo non aveva predisposto tutto l'occorrente all'operazione ma, essendosi protratto il ritardo, non aveva proceduto all'intervento, nonostante fosse, a suo giudizio, non ulteriormente procrastinabile.

La soluzione proposta dalla giurisprudenza di legittimità, nelle sentenze esaminate, appare solo parzialmente condivisibile. Non vi è dubbio che il medico in posizione subalterna, qualora partecipi attivamente al trattamento diagnostico e terapeutico del paziente, che viene affidato anche alle sue cure, deve adempiere i propri compiti osservando le relative *leges artis* e dando attuazione alle eventuali direttive e istruzioni che gli siano state impartite dal sanitario gerarchicamente sovraordinato. Qualora però queste direttive integrino una condotta colposa, contrastando con quelle regole dell'arte medica appartenenti al patrimonio di nozioni tecniche e scientifiche proprie di qualsiasi soggetto abilitato alla professione sanitaria, indipendentemente dal livello professionale e dal settore specialistico, dovrà sicuramente disattenderle e, a seconda dei casi, manifestare i suoi dubbi al medico in posizione apicale, affinché questi possa correggere la scelta diagnostica o terapeutica intrapresa, ovvero dovrà realizzare direttamente gli accertamenti diagnostici o i trattamenti terapeutici ritenuti necessari nelle circostanze del caso concreto, se il paziente è stato a lui affidato e la sua attività non si è limitata a una collaborazione con il primario in qualità di membro dell'*équipe* medica da questi diretta. Tuttavia, qualora le direttive impartite dal primario abbiano carattere opinabile e controverso, non può esigersi dal medico in posizione iniziale il potere-dovere di verifica della validità e correttezza tecnica delle stesse e, conseguentemente, non può a lui ascriversi una responsabilità per l'evento lesivo da esse derivante⁴⁴.

Una maggiore attenzione e un maggior rilievo all'organizzazione gerarchica della struttura sanitaria nella quale si riscontra l'agire coordinato di diversi professionisti, al fine di risolvere i problemi di riparto delle competenze e delle responsabilità tra i vari medici che vi cooperano, si riscontra in una recentissima pronuncia della Suprema Corte⁴⁵.

Nella fattispecie sottoposta all'esame dei giudici di legittimità, una detenuta, all'ingresso in carcere, veniva sottoposta al test di *Mantoux*, indagine di *routine* volta all'accertamento di eventuali patologie tubercolari, che dava esito negativo. La detenuta veniva, altresì, sottoposta a visita

⁴⁴ Così: MARINUCCI, MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, cit., 229; VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero*, cit., 1634; ZANGANI, *Sul rapporto di subordinazione tra primario e assistente ospedaliero: concorso nella responsabilità professionale*, in *Gius. pen.*, 1962, II, 479.

⁴⁵ Cass., Sez. IV, 2 dicembre 2008, Toccafondi, in *Neldiritto*, 2009, 401, con nota di GIZZI, *Brevi considerazioni in ordine al riparto di responsabilità nell'ipotesi in cui tra i medici che cooperano al trattamento sanitario sussistono rapporti di tipo gerarchico*.

ginecologica da parte del ginecologo consulente esterno del carcere, che riscontrava un ingrossamento dell'utero. Il giorno successivo, la donna, a causa di una metrorragia, veniva visitata dal medico di guardia e immediatamente trasferita nel reparto di ginecologia dell'ospedale, ove subiva un intervento per la revisione della cavità uterina. Dopo i prelievi istologici, la donna veniva nuovamente tradotta in carcere.

Circa venti giorni dopo, l'anatomopatologo che aveva sottoposto ad esame i reperti istologici comunicava alla ginecologa consulente esterno del carcere che si era in presenza di una metrorragia granulomatosa, verosimilmente riconducibile ad infezione tubercolare. La ginecologa informava la dottoressa che si trovava nella casa circondariale come medico di guardia e le suggeriva gli approfondimenti diagnostici ritenuti necessari: ripetizione del test di *Mantoux*, radiografia del torace, esame dell'espettorato, visita ginecologica e visita infettivologica. Tali indicazioni venivano riportate nella cartella clinica. Gli accertamenti, però, venivano eseguiti soltanto in parte: si procedeva al test indicato, che questa volta dava esito positivo, ed alla radiografia del torace che invece dava esito negativo, ma non alla visita infettivologica.

Nel dicembre dello stesso anno, l'altro medico di guardia praticava alla donna una vaccinazione antinfluenzale.

Nel successivo mese di marzo, essendo stato riscontrato un aggravamento delle condizioni generali accompagnato da stato soporoso, la detenuta veniva ricoverata presso l'ospedale, ove decedeva per meningoencefalite di origine tubercolare.

I giudici di primo e di secondo grado ravvisavano una serie di condotte omissive degli imputati, legate eziologicamente con l'evento morte, consistite in particolare nel non aver eseguito tutti gli approfondimenti diagnostici necessari, compresa la visita infettivologica, dopo la scoperta della endometrite granulomatosa, così come annotato sul diario clinico della paziente.

L'evento lesivo veniva, quindi, addebitato sia al medico responsabile della struttura sanitaria del carcere, per non aver disposto gli accertamenti diagnostici necessari, sia ai due medici di guardia, per non aver personalmente accertato che le indagini in questione venissero effettivamente eseguite. In particolare, l'uno, dopo aver annotato nella cartella clinica le indagini da compiere, avrebbe dovuto seguire il caso ed assicurarsi che ad esse si desse effettivamente corso. Il secondo, invece, nel corso della procedura di vaccinazione antinfluenzale, avrebbe dovuto rendersi conto della mancata esecuzione degli accertamenti richiesti e procedervi personalmente.

Insomma, la sentenza di appello, confermando la decisione di primo grado, riconosceva la concorrente responsabilità, a titolo di omicidio colposo, dei tre medici in servizio presso la casa circondariale, addebitandogli di non aver diagnosticato tempestivamente la tubercolosi da cui era affetta la detenuta, che, a causa di quest'omissione, decedeva.

La Suprema Corte, invece, riformando parzialmente la sentenza di appello, ha confermato la condanna solamente per il medico responsabile del servizio sanitario interno al carcere, ma non anche per i due medici di guardia. In particolare, la Corte di Cassazione ha correttamente sottolineato come la pronuncia di merito abbia basato l'addebito colposo, mosso ai due medici di guardia, soltanto sull'esistenza della posizione di garanzia, trascurando che essa rileva esclusivamente sul piano della tipicità oggettiva, mentre una pronuncia di responsabilità richiede, altresì, la presenza di una condotta concretamente colposa, dotata di ruolo eziologico nella spiegazione dell'evento lesivo.

L'accertamento della responsabilità dei sanitari che si sono occupati della paziente deceduta presuppone, insomma, l'individuazione della regola cautelare di condotta che ciascuno di essi avrebbe dovuto osservare nel caso concreto e la cui violazione ha costituito causa dell'evento lesivo. Questa indagine è particolarmente complessa quando, come nel caso in esame, l'illecito si colloca all'interno di strutture sanitarie, in cui si ha un'organizzazione di tipo gerarchico tra i diversi medici che vi operano.

Secondo i giudici di legittimità, infatti, l'organizzazione e la gerarchia di ciascuna struttura sanitaria, nella quale si riscontra l'agire coordinato di diversi professionisti, è di cruciale rilievo per risolvere i problemi di riparto delle competenze, degli obblighi di condotta e, conseguentemente, delle responsabilità tra i vari medici che vi cooperano.

Alla luce di queste considerazioni, la Suprema Corte ha escluso la concorrente responsabilità dei medici di guardia che avevano cooperato, nella struttura sanitaria interna alla casa circondariale, al trattamento diagnostico e terapeutico della detenuta, poi deceduta.

Infatti, nel caso di specie, il mancato compimento della visita infettivologica non era stato conseguenza di mera trascuratezza o dimenticanza del responsabile della struttura sanitaria penitenziaria, bensì di una deliberata opzione diagnostica frutto di colpa per imperizia, ossia di una errata valutazione scientifica. Pertanto, l'addebito che poteva essere mosso ai due medici di guardia non era quello di non aver rimediato all'altrui dimenticanza o trascuratezza, ma quello di non aver sindacato le scelte diagnostiche deliberatamente compiute dal medico di vertice della struttura.

Tuttavia, un tale addebito imponeva di comprendere quale fosse la relazione gerarchica tra il sanitario dirigente e i medici di guardia. Si trattava, in particolare, di valutare se i medici di guardia fossero chiamati a svolgere attività episodiche e contingenti, mentre l'unità, la continuità, la coerenza delle scelte diagnostiche e terapeutiche, nonché la loro responsabilità, era affidata al soggetto responsabile della stessa struttura o ad altri sanitari eventualmente stabilmente incardinati in essa.

Nella fattispecie in esame – come in genere nei casi in cui diversi sanitari cooperano al trattamento medico a cui è sottoposto un determinato paziente – insomma, bisognava innanzitutto stabilire se la decisione, in

ordine agli atti diagnostici e terapeutici da compiere, fosse affidata esclusivamente al medico che aveva la responsabilità della struttura sanitaria. In caso di risposta positiva, infatti, nessun addebito di colpa avrebbe potuto essere mosso ai medici di guardia, che avevano adempiuto al dovere professionale su di loro gravante, quali medici subalterni: quello di prospettare il loro punto di vista affinché venisse valutato dal medico titolare del potere decisionale. Qualora, infatti, non sussisteva un potere di controllare e sindacare le scelte diagnostiche deliberatamente compiute dal medico di vertice della struttura, in capo agli altri sanitari operanti nella stessa, nessuna responsabilità poteva essere loro addebitata a titolo di colpa, per l'evento lesivo cagionato dall'erroneità di quelle scelte.

Insomma, ed è questo il principio desumibile dall'articolata motivazione della pronuncia in esame, una volta che il medico in posizione subordinata, chiamato a collaborare con il superiore gerarchico, non si limita ad un pedissequo e acritico atteggiamento di sudditanza verso gli altri sanitari, ma, qualora ravvisi elementi di sospetto, percepiti o percepibili con l'ordinaria diligenza e perizia, nelle loro scelte diagnostiche o terapeutiche, li segnali ed esprima il proprio dissenso, non può che rimanere esente da responsabilità se il superiore gerarchico non ritenga di condividere il suo atteggiamento critico e persista nella propria condotta colposa. E ciò perché, se è vero che il rapporto di subordinazione tra due sanitari non può mai essere considerato tanto assoluto e vincolante da far ritenere che il sottoposto, nell'uniformarsi alle disposizioni del superiore, che concretizzano una condotta colposa, non vi cooperi volontariamente, e da esonerarlo, conseguentemente, dalla responsabilità per l'evento derivante da quella condotta, è altresì indubbio che questo evento non può essere imputato al medico in posizione subordinata, qualora non sia possibile muovergli alcun rimprovero a titolo di colpa, per aver, questi, correttamente adempiuto il dovere di diligenza su di lui gravante.

4.3. *Lo specializzando*

Una chiara regola giurisprudenziale può essere ricostruita con riferimento ai casi in cui l'esito infausto del trattamento terapeutico sia ascrivibile alla condotta colposa del medico specializzando. La Suprema Corte ha enunciato il principio di diritto secondo cui «il concreto e personale espletamento di attività medica da parte dello specializzando comporta l'assunzione diretta, da parte sua, della posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con quella che fa capo a chi impartisce le direttive e le istruzioni, con la conseguenza che su entrambi i sanitari incombe l'obbligo di osservare le *leges artis* e la responsabilità, nel caso in cui dalla loro violazione derivi l'evento lesivo che le stesse miravano a prevenire».

Dalle pronunce giurisprudenziali emerge, in particolare, che il medico specializzando, finché si limita ad assistere all'intervento operatorio compiuto dal medico, rimane del tutto estraneo alle scelte diagnostiche e terapeutiche effettuate da quest'ultimo, anche sotto il profilo della responsabilità in caso di esito infausto conseguente alle stesse. Tuttavia, la sua posizione all'interno dell'*équipe* muta radicalmente qualora egli intervenga nell'espletamento dell'atto operatorio in via diretta: in tale ipotesi, infatti, lo specializzando, da mero allievo che assiste in funzione didattica all'intervento chirurgico, diviene, insieme al medico che lo lascia intervenire, protagonista dello stesso. Ciò implica, come importante conseguenza, che l'aver fatto acquiescenza alle direttive e alle istruzioni impartite, nonché alle scelte tecniche compiute dal superiore, non lo esime da responsabilità, avendo egli l'obbligo di astenersi dall'operare direttamente, qualora dalle concrete circostanze di fatto (come, ad esempio, la complessità dell'intervento operatorio e il rischio ad essa connesso, l'abilità e l'esperienza richieste dalla particolare tecnica operatoria prescelta, le cognizioni specialistiche acquisite dall'allievo, le condizioni del paziente) sia prevedibile il carattere non appropriato della direttiva ricevuta, purché, ovviamente, l'inadeguatezza delle scelte diagnostiche e terapeutiche effettuate dal medico, e delle conseguenti direttive impartite all'allievo, sia percepibile alla luce del patrimonio di conoscenze esigibile da un medico ancora specializzando.

Il problema della responsabilità penale del medico specializzando per l'esito infausto del trattamento sanitario è stato compiutamente ricostruito dalla Suprema Corte in una recente pronuncia⁴⁶. Un bambino era stato ricoverato in clinica per problemi di alimentazione. Il medico presente al momento del ricovero aveva disposto una terapia tramite *Isoptin* in compresse, da somministrare per via orale. Poiché il farmaco non era presente in clinica e la farmacia interna ne era sprovvista, il medico aveva deciso, insieme alla farmacista, di prendere il medesimo medicinale in fiale da somministrare per via endovenosa, disponendo però che venisse somministrato per via orale. Tuttavia, lo specializzando che assisteva il medico, nel compilare il foglio di terapia, non aveva indicato le modalità di somministrazione del farmaco, che infatti era stato somministrato per via endovenosa. Subito dopo la somministrazione di questo farmaco, le condizioni del bambino si erano aggravate. Il bambino era stato ricoverato in rianimazione, ma ciononostante era deceduto poco dopo.

La Suprema Corte ha ritenuto che sussistesse la responsabilità, per la morte del bambino – che era stata cagionata dalla somministrazione per via endovenosa del farmaco che, invece, avrebbe dovuto essere somministrato per via orale –, sia dello specializzando, che aveva compilato il foglio di terapia senza indicare le modalità di somministrazione del farmaco, sia

⁴⁶ Cass., Sez. IV, 10 luglio 2008, Sforzini, in *Foro it.*, 2008, II, c. 478.

del medico che questi assisteva, perché non aveva controllato la corretta redazione del foglio di terapia da parte dello specializzando stesso.

In particolare, i giudici di legittimità hanno precisato che il medico specializzando non è un mero esecutore degli ordini impartiti dal medico che svolge funzioni di tutore nei suoi confronti, ma è dotato di «autonomia vincolata» nello svolgimento delle attività medico-chirurgiche di cui sia stato incaricato. Il medico specializzando, quindi, non è uno spettatore esterno, estraneo alla comunità ospedaliera, ma partecipa direttamente alle attività, e alle connesse responsabilità, che si svolgono nella struttura dove è in corso la sua formazione. L'autonomia di cui gode lo specializzando – che è pur sempre un medico, avendo conseguito la laurea in medicina e chirurgia –, ancorché limitata e svolta sotto le direttive del tutore, comporta pertanto l'assunzione di responsabilità per l'attività da lui compiuta.

La soluzione ermeneutica proposta dalla Suprema Corte appare condivisibile sia con riferimento alla posizione del medico specializzando, sia con riferimento alla posizione del medico strutturato chiamato a svolgere il ruolo di tutore.

È indubbio che anche lo specializzando sia titolare di una posizione di garanzia in favore del paziente affidato alle sue cure e, di conseguenza, risponda degli eventi dannosi verificatisi per inosservanza delle leggi dell'arte medica. Lo specializzando, infatti, deve svolgere l'attività medica a lui demandata tramite l'osservanza delle *leges artis*, eventualmente segnalando errori od omissioni in cui sia incorso il medico strutturato, nei limiti in cui il livello di perizia e di diligenza da lui esigibile gli consenta di avvedersene.

Appare, però, altrettanto condivisibile ritenere che il medico strutturato che ha il ruolo di tutore sia titolare di un obbligo di controllo sull'attività sanitaria svolta dallo specializzando, dovendo fornirgli le direttive necessarie e utili per lo svolgimento dei compiti a lui demandati, verificare l'attività che svolge, anche autonomamente, e controllarne i risultati. Ne consegue che il medico tutore può essere chiamato a rispondere dell'evento lesivo cagionato dall'errore in cui sia incorso lo specializzando, per aver ommesso, o inadeguatamente, esercitato il dovere di controllare e verificare le attività svolte dallo specializzando stesso sotto la sua direzione.

Il medico tutore, insomma, oltre a dover eseguire con diligenza e perizia, le sue mansioni, ha il dovere di vigilare sul corretto comportamento professionale dello specializzando. Questo dovere, tuttavia, non può essere individuato, come spesso fa la giurisprudenza, in modo da vanificare completamente il principio della divisione del lavoro e dell'affidamento, con la conseguenza di considerare il medico strutturato automaticamente responsabile dell'evento lesivo cagionato dalla condotta colposa dello specializzando.

La circostanza che lo specializzando sia un medico ancora in formazione, non adeguatamente preparato ad agire in autonomia, attenua l'operatività del principio di affidamento, ma non esclude che il medico

strutturato possa, comunque, legittimamente confidare nell'osservanza delle regole cautelari di condotta da parte di questi, qualora, ad esempio, le mansioni affidategli siano semplici e meramente esecutive o per la loro esecuzione siano state impartite direttive precise, chiare e puntuali.

Insomma, anche nei rapporti tra medico con funzioni di guida e insegnamento e medico specializzando, la portata del dovere di vigilanza e di controllo del primo, e del conseguente obbligo di attivarsi per prevenire o correggere eventuali condotte errate del secondo, va valutata non in astratto, escludendo *a priori* l'operatività del principio di affidamento e riconoscendo automaticamente la concorrente responsabilità del cd tutore per l'esito infausto del trattamento sanitario, bensì tenendo conto delle peculiarità della fattispecie concreta.

Il principio dell'autonomia vincolata dello specializzando e del concorrente obbligo di controllo del tutore, espressamente enucleato dalla recente sentenza della Cassazione appena esaminata, era già seguito dai giudici di legittimità per la soluzione di casi analoghi, coinvolgenti la responsabilità di medici specializzandi.

Si veda, ad esempio, Cass., Sez. IV, 10 giugno 1999, Tretti⁴⁷. Una paziente veniva sottoposta a un intervento di settoplastica nasale, eseguito da un'*équipe* medica composta dal chirurgo plastico, dallo specializzando in chirurgia plastica e dall'anestesista. A un certo punto dell'intervento, il chirurgo aveva lasciato la prosecuzione dell'operazione all'allievo, sino a che, a seguito di una sua manovra, era insorta nella paziente un importante sanguinamento, che aveva indotto il chirurgo stesso a riprendere la conduzione dell'intervento nel tentativo di arrestare l'emorragia. Ciò nonostante, la paziente era deceduta. La causa del decesso era da ricondurre a una duplice lesione traumatica cagionata da una manovra abrasiva scorretta dello specializzando, favorita da una malformazione congenita nel capo della donna. La Suprema Corte ha ritenuto responsabile dell'evento lesivo, innanzitutto, il chirurgo, il quale aveva consentito all'allievo di proseguire l'intervento, nonostante lo stesso dovesse avvenire mediante l'impiego, quale strumento chirurgico, di una raspa nasale, che è una tecnica operatoria da riservare a operatori esperti e sensibili, mentre lo specializzando, per la scarsa esperienza professionale, non era dotato dell'abilità tecnica richiesta appunto dall'impiego di quello strumento. In secondo luogo, la responsabilità dell'evento lesivo è stata ascritta, a titolo di cooperazione colposa, allo specializzando, che aveva acconsentito di espletare direttamente l'attività chirurgica, nonostante sapesse che la tecnica operatoria prescelta non era appropriata⁴⁸.

⁴⁷ Cass., Sez. IV, 10 giugno 1999, Tretti, in *C.E.D. Cass.*, n. 215538.

⁴⁸ Analoga soluzione è stata adottata da Cass., Sez. IV, 29 luglio 2004, Marandola, in *Riv. pen.*, 2005, 750 e in *Riv. it. med. leg.*, 2006, 195, con nota di POMARA, RIEZZO, *L'assistente in formazione ancora al vaglio della Suprema Corte: le "specifiche competenze" tra teoria*

In altra recente pronuncia⁴⁹, la Suprema Corte ha ribadito che la circostanza che lo specializzando sia titolare di una posizione di garanzia e sia tenuto all'osservanza delle *leges artis*, ben potendo essere chiamato a rispondere dell'esito infausto del trattamento medico cui ha partecipato, non elide l'eventuale concorrente responsabilità del capo-*équipe*. Nel caso in esame, il paziente era stato sottoposto a un intervento chirurgico di ernia inguinale, che doveva essere eseguito da un'*équipe* medica composta dal primario di chirurgia in qualità di capo-*équipe*, due medici specializzandi in chirurgia, un anestesista. L'intervento, in realtà, era stato integralmente eseguito da due medici specializzandi in chirurgia. Il capo-*équipe*, dopo aver autorizzato l'anestesia, si era allontanato dalla sala operatoria e non si era ripresentato né durante né dopo l'intervento. La Corte di Cassazione ha chiamato a rispondere delle lesioni cagionate al paziente, a causa dell'errore in cui erano incorsi i due operatori (erronea suturazione dell'arteria femorale), anche il capo-*équipe*, perché questi avrebbe dovuto partecipare direttamente all'attività chirurgica, svolgendo il suo ruolo di guida e di insegnamento di medici ancora non adeguatamente preparati ad agire in autonomia.

Del reato commesso dal medico specializzando, materiale esecutore dell'intervento, quindi, risponde anche il primario cui lo specializzando è stato affidato, il quale, allontanandosi durante l'operazione, viene meno all'obbligo di diretta partecipazione agli atti medici posti in essere dal sanitario affidatogli.

5. I rapporti tra medici e personale paramedico

Improntate a particolare rigore sono anche le pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato il problema del riparto degli obblighi cautelari e delle correlative responsabilità colpose, non già tra medici, bensì nei rapporti tra medici e personale infermieristico, nel senso che, in caso di evento lesivo cagionato dal comportamento negligente o imprudente dell'infermiere a cui il sanitario abbia affidato uno specifico incarico, la giurisprudenza è solita riconoscere la concorrente responsabilità di quest'ultimo, per violazione del dovere di vigilare e controllare l'espletamento delle mansioni da parte del personale ausiliario⁵⁰.

e prassi, relativa al caso di un medico specializzando in anestesia che, operando in *équipe* con l'anestesista, aveva praticato alla partoriente una puntura epidurale non preceduta dalla somministrazione di farmaci vasopressori, che aveva determinato una situazione di ipotensione con conseguenti lesioni al neonato.

⁴⁹ Cass., Sez. IV, 1 giugno 2007, Scipioni, in *C.E.D. Cass.*, n. 236726.

⁵⁰ Sul rapporto tra medici e personale paramedico, si veda: PARODI, NIZZA, *La responsabilità penale del medico*, cit., 148; AVECONE, *La responsabilità penale del medico*, cit., 158;

Si consideri, a titolo esemplificativo, Cass., Sez. IV, 1 febbraio 1982, Berio⁵¹, che ha riconosciuto la responsabilità penale, per il reato di omicidio colposo, del medico anestesista che, nel corso di un intervento chirurgico, dovendo procedere a sostituire il flacone del sangue da trasfondere al paziente, aveva delegato all'infermiere capo-sala il compito, confidando che questi verificasse la corrispondenza del gruppo sanguigno del paziente con quello indicato sul falcione, cosa che invece non si era verificata, con conseguente trasfusione di sangue incompatibile.

L'aver delegato al personale ausiliario un'attività che rientrava nei doveri del medico, secondo la Suprema Corte, non consente a quest'ultimo di invocare il principio di affidamento, dovendo il sanitario controllare il corretto e regolare espletamento del compito demandato all'infermiere.

Analoga soluzione è stata adottata dai giudici di legittimità⁵², con riferimento a una fattispecie di somministrazione, nel corso di un intervento chirurgico, di protossido di azoto anziché di ossigeno, a causa di un errato innesto dei tubi portanti tali gas dagli impianti centralizzati a quelli dell'apparato per l'anestesia, con conseguente morte del paziente. La Suprema Corte ha riconosciuto la responsabilità colposa sia degli infermieri, trattandosi di infermieri specializzati in anestesia e quindi deputati, per legge, allo svolgimento delle «mansioni di preparazione e di controllo delle apparecchiature e del materiale necessario per l'anestesia generale, nonché di sorveglianza della regolarità del funzionamento degli apparecchi di respirazione automatica», sia del medico anestesista, che ha l'obbligo di controllare che tutte le apparecchiature siano in regola e non sussistano difetti di funzionamento, non potendo, quindi, confidare nel corretto espletamento, da parte del personale paramedico, delle suddette mansioni.

Cass., Sez. IV, 14 aprile 1983, Prelong⁵³ ha condannato, oltre all'infermiere professionale, anche il medico anestesista per il reato di lesioni colpose, che erano derivate al paziente da una compressione del braccio verificatasi durante l'intervento chirurgico, a causa di un erroneo posizionamento dello stesso sul tavolo operatorio. I giudici di legittimità hanno ritenuto che il posizionamento del paziente sul tavolo operatorio rientrasse nella sfera di competenza, e conseguentemente di responsabilità, del personale infermieristico professionale, nel quadro dell'assistenza dovuta al medico nelle varie attività di reparto e di sala operatoria, ma hanno poi precisato che l'operazione di sistemazione del malato sul let-

MARINUCCI, MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, cit., 222; RIZ, *Medico (responsabilità penale)*, cit., 15; VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, cit., 218; INTRONA, nota a Trib. Bolzano, 3 marzo 1980, Hinterhuber, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 605; FRESA, *La responsabilità penale in ambito sanitario*, cit., 798.

⁵¹ Cass., Sez. IV, 1 febbraio 1982, Berio, in *Riv. pen.*, 1983, 345.

⁵² Cass., Sez. IV, 4 novembre 1983, Costanzi, in *Cass. pen.*, 1986, 283.

⁵³ Cass., Sez. IV, 14 aprile 1983, Prelong, in *C.E.D. Cass.*, n. 160049.

to operatorio doveva essere compiuta sotto il controllo e la supervisione dei medici, a cui compete «assicurare il benessere del paziente e quindi anche vigilare affinché la posizione del malato sul tavolo operatorio sia corretta e tale da evitare il pericolo di danni allo stesso». Al medico che non ha effettuato tale controllo, confidando nella diligente e regolare opera del personale ausiliario, quindi, può essere mosso un rimprovero per aver agito con negligenza e imprudenza.

Analogamente, Cass., Sez. IV, 30 novembre 1992, Anibaldi⁵⁴ ha ammesso la responsabilità dell'anestesista per la morte della paziente dovuta ad arresto cardiaco per anossia acuta da oblio respiratorio conseguente all'effetto deprimente dei farmaci utilizzati per la narcosi. La Corte di Cassazione ha ravvisato la colpa dell'anestesista nel fatto che, dopo l'intervento operatorio, ha ommesso di sorvegliare adeguatamente la paziente in fase di risveglio, affidando il relativo compito ad un'infermiera professionale, tra l'altro non specializzata in anestesia.

Di recente, la Suprema Corte ha confermato il proprio orientamento, che tende a escludere l'operatività del principio di affidamento nei rapporti tra medico e personale paramedico, soprattutto quando quest'ultimo è deputato a svolgere attività ausiliaria e di assistenza del sanitario, sul quale incombe l'obbligo di un costante e pedissequo controllo del suo operato. In un caso di dimenticanza di uno strumento chirurgico nell'addome del paziente⁵⁵, la Suprema Corte ha ammesso la concorrente responsabilità dei chirurghi dell'*équipe* medica per l'evento lesivo da ciò derivato, nonostante il compito di controllare l'asportazione dei ferri prima della chiusura della ferita, tramite la loro conta numerica, fosse stato espressamente affidato all'infermiere-strumentista. Secondo i giudici di legittimità, infatti, tale doveroso controllo non è demandabile ad altri, neanche al cosiddetto ferrista, con la conseguenza che, nonostante l'autonomo errore in cui questi sia incorso nella conta degli strumenti chirurgici, sussiste anche la responsabilità dei medici, i quali «se si avvalgano del personale paramedico, al quale materialmente affidano l'esecuzione di un compito, conservano sulla sua attività il dovere di vigilanza», che, nella fattispecie concreta, era stato ommesso da ciascun chirurgo, sia nei rapporti reciproci sia nei confronti del cosiddetto ferrista.

⁵⁴ Cass., Sez. IV, 30 novembre 1992, Anibaldi, in *C.E.D. Cass.*, n. 193016.

⁵⁵ Cass., Sez. IV, 26 gennaio 2005, Cloro, in *C.E.D. Cass.*, n. 231538. Analoga soluzione, in ordine alla morte, colposamente cagionata, del paziente nel cui addome era stato dimenticato, a seguito di un intervento chirurgico, un corpo estraneo, costituito, nel caso di specie, da una pezza laparatomica, si trova in: App. Roma, 25 luglio 1965, Donadio, in *Gius. pen.*, 1966, II, 982. Anche in tal caso, il chirurgo che aveva eseguito l'operazione aveva dedotto di aver preposto al controllo delle pezze l'infermiera strumentista e di aver confidato sulla diligenza di costei, che aveva, invece, errato nel conto delle stesse. La Corte di Appello ha invece ritenuto responsabile del reato anche il chirurgo, il quale avrebbe dovuto controllare l'operato dell'infermiera che lo assisteva.

La stessa soluzione è stata adottata da Cass., Sez. IV, 7 marzo 2008, Vavassori⁵⁶, che ha ritenuto sussistente la responsabilità di tutti i componenti dell'*équipe* medica incaricata di eseguire un intervento chirurgico di cistectomia, i quali avevano trascurato di estrarre dall'addome del paziente, prima di chiudere la ferita, una pezza laparotomica, che, a distanza di alcuni mesi, aveva determinato infarto intestinale e peritonite con esito letale. La Suprema Corte ha ribadito che tutti i componenti dell'*équipe* medica – composta nel caso di specie, dal medico chirurgo, dall'assistente di sala e dall'infermiera strumentista – devono partecipare alla verifica finale della corrispondenza tra le garze utilizzate e quelle restituite, anche se tale compito è stato preventivamente demandato all'infermiere strumentista. Il medico chirurgo, in particolare, ha l'obbligo di controllare, all'esito dell'atto operatorio e prima della sutura della ferita, che la conta numerica dei ferri e degli altri strumenti impiegati durante l'intervento chirurgico, eventualmente affidata all'infermiere-ferrista, sia stata correttamente eseguita, per evitare il grave e ricorrente rischio operatorio, consistente nel fatto che un corpo estraneo venga abbandonato nell'addome del paziente⁵⁷.

⁵⁶ Cass., Sez. IV, 7 marzo 2008, Vavassori, in *C.E.D. Cass.*, n. 239605.

⁵⁷ La fattispecie relativa alla «dimenticanza, durante l'atto operatorio, di un corpo estraneo nell'addome del paziente» si pone frequentemente all'attenzione della giurisprudenza. La giurisprudenza ha elaborato il principio di diritto, secondo cui «il controllo della rimozione di tutti gli strumenti chirurgici impiegati nell'esecuzione dell'atto operatorio spetta all'intera *équipe* operatoria, cioè a tutti i medici che la compongono, perché tutti i sanitari che partecipano al lavoro di gruppo hanno la responsabilità del buon esito dell'operazione anche con riferimento a tutti gli adempimenti connessi». In particolare, secondo la giurisprudenza, i diversi sanitari componenti l'*équipe*, soprattutto quando non hanno diverse specializzazioni, ricoprendo lo stesso ruolo di chirurghi, con mansioni interscambiabili nell'esecuzione dell'intervento, hanno un reciproco dovere di controllo nell'attività di asportazione dei ferri, con conseguente concorrente responsabilità dell'evento lesivo, che non può essere ascritta solamente a quello di loro che ha posto in essere la condotta colposa, omettendo di compiere la conta dei ferri, a lui specificamente demandata, prima che il chirurgo operatore procedesse alla sutura della ferita. In aperto contrasto con il principio della divisione del lavoro e dell'affidamento nel corretto operato altrui, quindi, la Corte di Cassazione ritiene che tutti i componenti l'*équipe* siano, per ciò solo, responsabili del risultato lesivo conseguente all'operazione chirurgica, ancorché cagionato dalla violazione del dovere di diligenza, perizia e prudenza nell'esecuzione di specifiche mansioni affidate a uno solo di loro. Insomma, secondo la Suprema Corte, tutti i soggetti intervenuti all'atto operatorio devono partecipare al controllo finale di corrispondenza tra gli strumenti chirurgici utilizzati e quelli restituiti, che è volto a fronteggiare il ricorrente e grave rischio di lasciare nel corpo del paziente oggetti estranei. Ne consegue che non è consentita la delega delle proprie incombenze agli altri componenti, poiché ciò vulnererebbe il carattere plurale e integrato del controllo, che ne accresce l'affidabilità. Poiché questo dovere di controllo e verifica è affidato a tutti i componenti l'*équipe*, ciascuno di essi deve parteciparvi attivamente. In tal senso, oltre alle sentenze citate nel testo: Cass., Sez. IV, 26 maggio 2004, Picciurro, in *C.E.D. Cass.*, n. 229832, relativo a un intervento chirurgico per colica addominale, a cui avevano partecipato un chirurgo, quale operatore e due medici, quali aiuti. Nel

Da ultimo, sui rapporti tra medico e personale ausiliario, è intervenuta Cass., Sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360, Rago⁵⁸ che ha ammesso la concorrente responsabilità del medico chirurgo e dell'infermiere per le lesioni cagionate al paziente a causa della somministrazione, durante un intervento di rinoplastica, di un composto preparato dall'infermiere contenente, invece di soluzione fisiologica, un disinfettante. Secondo la Suprema Corte, la preparazione del composto medicinale da somministrare al paziente è un atto medico di competenza del chirurgo, che può sì delegarne a persona competente l'esecuzione materiale, ma deve sempre controllarne la corretta esecuzione. La funzione dell'infermiere nel corso dell'intervento chirurgico, hanno ribadito i giudici di legittimità, è di assistenza del personale medico, a cui vanno riferite tutte le attività svolte e le connesse responsabilità, e a cui spetta uno specifico dovere di controllo.

Dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali relative ai rapporti tra medici e personale paramedico, emerge, insomma, che la Suprema Corte tende a escludere, in questo ambito, l'operatività del principio di affidamento. Il medico che si avvale del personale infermieristico, quindi, oltre al rispetto delle *leges artis* proprie del suo ambito di intervento, è tenuto a osservare un generale obbligo di controllo e vigilanza dell'attività svolta dagli infermieri che lo coadiuvano nell'espletamento delle sue mansioni. La determinazione della regola di diligenza che il sanitario deve osservare nel caso concreto, allora, non è condizionata dal principio di affidamento, dovendo il medico regolare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose del personale infermieristico e adottare le misure volte a fronteggiarlo.

La circostanza che l'ausiliario del sanitario non sia un altro medico, ma un infermiere porta la giurisprudenza a escludere che il medico possa legittimamente confidare che i compiti affidati all'ausiliario, ancorchè rientranti nella sua sfera di competenza e responsabilità, siano eseguiti nel rispetto degli obblighi di diligenza, prudenza e perizia su di lui gravanti. Sul medico grava, allora, l'obbligo di vigilare e sorvegliare costantemente l'operato del personale paramedico, con la conseguenza che, in caso di mancato o scorretto adempimento di questo ulteriore dovere cautelare, è

corso dell'operazione chirurgica, una pinza scivola nell'addome del paziente e non viene rimossa. Successivamente, la paziente viene nuovamente operata per coliche addominali e dalle analisi emerge un corpo estraneo nell'addome. La paziente muore a causa di un fatto emorragico dopo il secondo intervento, volto a rimuovere il corpo estraneo. La Suprema Corte ha ritenuto sussistere la responsabilità di tutti i medici chirurgici che hanno cooperato all'intervento, nonostante questi avessero ripartito tra loro i compiti da espletare in sala operatoria, affidando quelli di ferrista – che consistono appunto nell'effettuare la conta numerica dei ferri impiegati nell'atto chirurgico prima di chiudere la ferita – a uno dei componenti l'*équipe* medica, ovvero al personale infermieristico.

⁵⁸ Cass., Sez. IV, 28 maggio 2008, Rago, in *C.E.D. Cass.*, n. 240941.

configurabile, a suo carico, la responsabilità penale per l'evento lesivo verificatosi a causa della condotta negligente o imperita dell'infermiere.

L'aspetto più problematico e discutibile della prospettata soluzione ermeneutica va ravvisato nella circostanza che la totale inoperatività del principio di affidamento, e delle limitazioni da esso indotte al dovere di diligenza gravante sul sanitario, è invocata anche quando il personale infermieristico chiamato a svolgere compiti rientranti nella sua sfera di competenza, caratterizzati dalla massima semplicità e dal carattere meramente esecutivo (come, ad esempio, la conta dei ferri e delle garze da rimuovere prima della sutura della ferita, la sostituzione del flacone di sangue, ecc.)⁵⁹.

Il dovere di sorvegliare e controllare il personale paramedico, e il conseguente obbligo di attivarsi per prevenirne o correggerne eventuali comportamenti scorretti, gravante sul medico, porta a considerare quest'ultimo automaticamente responsabile in ogni caso di esito infuosto del trattamento medico-chirurgico, senza alcuna considerazione della concreta e peculiare situazione fattuale.

⁵⁹ Solo raramente la Suprema Corte ha escluso la concorrente responsabilità del medico per l'evento lesivo cagionato dalla condotta colposa del personale infermieristico, a cui il primo aveva delegato un compito meramente materiale. Si veda, ad esempio, Cass., Sez. IV, 2 marzo 2000, Troiano, in *Cass. pen.*, 2002, 574, con nota di CAVALLO, *In tema di rapporto di causalità*. Un medico del pronto soccorso, occupato a prestare la propria opera a un paziente, impartiva, in modo inequivoco, al personale paramedico l'ordine di chiamare un collega affinché si occupasse di altro paziente sopraggiunto al pronto soccorso. L'infermiere non aveva provveduto a chiamare l'altro medico, limitandosi a trasferire l'ordine a un collega. La Suprema Corte ha specificato che il medico poteva fare legittimo affidamento nell'esecuzione dell'ordine, non essendo emerse particolari contingenze temporali o prassi che imponessero allo stesso di controllare l'esecuzione dell'ordine dato, escludendo così la sua responsabilità.

PARADIGMI GIURISPRUDENZIALI
DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA.
PUNTI FERMI E TENDENZE EVOLUTIVE
IN TEMA DI CAUSALITÀ E COLPA

di Roberto Bartoli

SOMMARIO: – 1. L'incremento dei processi penali per responsabilità medica: una disamina delle possibili cause. 2. Caratteristiche dell'attività medica e loro riflessi sul diritto penale. Complessità e colpa. – 2.1. Scientificità, nesso causale, colpa. – 2.2. Il rapporto medico-paziente e le particolarità del rischio nell'attività medica. – 3. Le problematiche affrontate dalla giurisprudenza: questioni generali e questioni specifiche. – 4. Prima questione a carattere generale: la struttura della causalità penale. – 5. Seconda questione a carattere generale: il concetto di certezza e i criteri utilizzabili ai fini dell'imputazione dell'evento. La certezza di grado inferiore. – 5.1. La certezza assoluta. – 5.2. La certezza cosiddetta processuale. – 6. Le questioni a carattere specifico. – 7. Il decorso causale reale. La descrizione dell'evento. – 7.1. La convivenza del paradigma nomologico-deduttivo a base scientifica con il paradigma normativo della causalità umana. – 7.2. Le massime di esperienza. – 7.3. L'esclusione dei decorsi causali alternativi. – 8. La colpa. Le problematiche della contestazione generica e della mancanza di correlazione tra accusa e sentenza. – 8.1. La colpa specifica. – 8.2. La colpa generica. – 8.3. Contenuto e scopo delle regole cautelari. – 8.4. La misura soggettiva della colpa. – 9. Il decorso causale ipotetico. – 9.1. La concretizzazione della efficacia del comportamento alternativo lecito. – 9.2. Il «fallimento in concreto» del comportamento alternativo lecito. – 9.3. Le diverse tipologie di mancata diminuzione del rischio. – 10. Considerazioni conclusive. La responsabilità penale del medico tra diritto civile e diritto penale, reato di condotta e reato di evento, colpa lieve e colpa grave.

1. L'incremento dei processi penali per responsabilità medica: una disamina delle possibili cause

Anche se in Italia non esistono rilevazioni statistiche ufficiali, tuttavia si può affermare senza tema di smentita che negli ultimi anni il numero dei processi penali promossi contro medici per l'esercizio della loro attività ha subito un notevole incremento.

Per alcuni si tratterebbe di un esito anomalo, forse addirittura paradossale, visto che tale incremento ha coinciso con un progresso scientifico straordinario, ragion per cui non si riesce a trovare una giustificazione al fatto che a fronte del raddoppio della vita media nell'arco di poco più di mezzo secolo dovuto alle numerose scoperte medico-scientifiche, si assista alla instaurazione di migliaia di processi contro medici. D'altra parte, a ben vedere, non solo non si tratta di un esito paradossale, ma vi sono buone ragioni per ritenere che sia proprio tale progresso a rappresentare la prima causa di questa espansione, poiché, come avremo modo di vedere, esso finisce per giocare un ruolo – per così dire – moltiplicatore della conflittualità medico-paziente e quindi delle istanze sociali di responsabilizzazione del medico.

In particolare, le ragioni dell'incremento delle ipotesi di responsabilità medica sono davvero molte e assai complesse da individuare e razionalizzare. A me pare si possano raggruppare in almeno quattro grandi categorie: ragioni relative al rapporto medico-paziente e alle trasformazioni che esso ha subito, ragioni concernenti il rapporto che i pazienti e i medici hanno con la scienza, ragioni – per così dire – di natura filosofica e ragioni strettamente penalistiche.

All'interno della prima categoria si deve anzitutto fare riferimento alla circostanza che il rapporto medico-paziente è sempre stato un rapporto ambivalente: da un lato, il malato nutre verso il medico un sentimento positivo di ammirazione e gratitudine, avendo nei suoi confronti forti aspettative se non addirittura riponendovi vere e proprie speranze, in ragione dei grandi risultati positivi che riesce ad ottenere (salvare la vita umana); dall'altro lato, però, il paziente è capace di manifestare verso il medico anche un forte sentimento negativo di risentimento che può trasformarsi perfino in rancore per le eventuali delusioni causate dall'insuccesso. E questa ambivalenza e contraddittorietà hanno finito per accentuarsi proprio a causa del progresso scientifico, il quale se ha accresciuto le speranze, ha finito per aumentare anche la delusione derivante dai fallimenti.

In secondo luogo, non si può non cogliere la fisiologica tendenza a responsabilizzare il medico, dovuta alla particolarissima posizione di debolezza del paziente, il quale non solo si trova in una situazione di pericolo a causa della patologia che lo affligge, ma finisce per rimettere tale situazione interamente nelle mani del medico. Ed anche qui il progresso scientifico gioca un ruolo importante nel rafforzare le istanze di responsabilizzazione del medico: poiché quest'ultimo gestisce la situazione di rischio che coinvolge il paziente attraverso le conoscenze scientifiche, come non rendere responsabile colui che, proprio in virtù dell'impiego di un sapere scientifico, appare in grado di dominare in termini assoluti i rischi patologici?

Inoltre, un ruolo nell'incremento della responsabilità del medico è giocato dalla recente trasformazione del rapporto paziente-medico da

paternalistico a individualistico. Il punto merita particolare attenzione anche perché mi pare più complesso di quello che sembra. Ed infatti, in prima battuta non c'è dubbio che mentre in presenza di un rapporto paternalistico la scelta terapeutica è percepita nella sostanza come insindacabile, risultando l'attività del medico esente da qualsiasi valutazione, al contrario quando si instaura un rapporto individualistico la scelta diviene sindacabile e quindi suscettibile di una valutazione da parte dello stesso paziente, incrementandosi così le ipotesi di conflittualità. Tuttavia, a ben vedere, una volta adottato il modello di rapporto individualistico, si dovrebbe giungere a una conclusione opposta, nel senso che le istanze di responsabilizzazione del medico dovrebbero in realtà conoscere una diminuzione, e ciò perché la scelta terapeutica, prima ancora di essere sindacabile, risulta il frutto di una decisione concordata con il paziente: in buona sostanza modello individualistico significa sì sindacabilità, ma anche corresponsabilizzazione. Ebbene, se tutto questo è vero, ciò che genera maggiore conflittualità tra il paziente e il medico in presenza di un modello individualistico non sembra essere soltanto la possibilità di mettere in dubbio la correttezza dell'attività medica svolta, quanto piuttosto l'assenza di una reale condivisione delle scelte terapeutiche.

Senza considerare infine come il progresso scientifico abbia contribuito alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente, con la conseguenza che a seguito di un inaridimento della relazione umana e di una forte commercializzazione della prestazione medica, la presenza di un esito infausto induce a comportamenti di rivalse soprattutto se preceduto da atteggiamenti del medico non solo scortes, ma anche rivelatori di indifferenza e insensibilità.

Per quanto riguarda il rapporto tra paziente e medico, da un lato, e scienza, dall'altro, si deve osservare come il progresso scientifico abbia contribuito anche a incrementare il ricorso alla attività medica, dimenticandosi però come essa, in virtù della sua crescente invasività (dovuta ancora volta al progresso scientifico) introduca e aumenti il rischio terapeutico, come tale capace di concretizzarsi in offese a beni fondamentali della persona. In particolare, sull'onda di veri e propri miti che si sono venuti a creare nell'immaginario collettivo, i pazienti ricorrono alla medicina valorizzando soltanto la sua capacità generatrice di benefici, senza considerare come in realtà ogni trattamento sia in sé rischioso: si incide sul corpo, tagliando, cucendo, propinando veleno, esponendo a sostanze pericolose; si possono sviluppare patologie iatrogene; non esistendo malattie, ma malati, una stessa terapia può rivelarsi efficace per un paziente e dannosa per un altro. Dalla prospettiva del medico si assiste invece all'affermarsi della medicina cosiddetta difensiva in cui la scelta medica è dettata più dall'interesse secondario del medico di prevenire eventuali inconvenienti giudiziari che da quello primario della salute del paziente. Al di là degli enormi costi derivanti da questo atteggiamento sempre più

diffuso, quello che mi interessa notare è soprattutto come la medicina difensiva possa essere a sua volta foriera di ulteriori ipotesi di responsabilità del medico: indirettamente, quando, prescrivendo accertamenti e trattamenti di dubbia utilità, si incide sulla complessiva efficienza del sistema sanitario; direttamente, quando si tende ad evitare di prendere in carico pazienti la cui situazione risulta particolarmente complessa, senza considerare poi gli effetti negativi che la medicina difensiva produce sull'attività medica, determinando un complessivo innalzamento degli *standard* di diligenza e cautela.

Da un punto di vista – per così dire – filosofico, poi, si deve mettere in evidenza come nell'uomo si sia affermato sempre di più il rifiuto per l'insuccesso e la casualità: in una visione scienziata e razionalista dove tutto deve essere dominabile e risolvibile, la verifica di una morte non può essere inspiegabile, dovendo essere piuttosto attribuibile alla responsabilità dell'uomo, il quale finisce per trasformarsi in una sorta di capro espiatorio.

Infine, l'incremento della responsabilizzazione del medico è dovuta anche a ragioni strettamente penalistiche. Da un lato, com'è ben noto, l'avvio del processo penale come anche l'affermazione di una responsabilità nonostante la presenza della prescrizione del reato, sono strumentali all'ottenimento di un risarcimento del danno. Dall'altro lato, il ricorso al sistema penale è incentivato, paradossalmente, dalla sua ineffettività. Ed infatti, l'obiettivo che spesso si vuole raggiungere promuovendo azioni di responsabilità penale non è tanto quello di vedere il medico «andare in prigione», ma di «dargli una lezione» soprattutto in virtù del suo atteggiamento di superficialità e indifferenza tenuto durante un'attività così delicata come quella che ha ad oggetto beni primari quali la vita e l'incolumità individuale. E il nostro sistema sanzionatorio, proprio perché ineffettivo, finisce per permettere il perseguimento di questo obiettivo più correzionale che autenticamente punitivo-preventivo.

2. *Caratteristiche dell'attività medica e loro riflessi sul diritto penale. Complessità e colpa*

L'attività medica presenta alcune caratteristiche che hanno importanti riflessi sulle problematiche giuridico-penalistiche. Il primo profilo che vorrei mettere in evidenza attiene alla sua enorme complessità. Essa infatti si frammenta in numerose branche (chirurgia, ginecologia, anesthesiologia, psichiatria, ecc.), all'interno delle quali si possono compiere ulteriori distinzioni sulla base di molteplici criteri (tipo di attività, di patologia, di paziente, di organo-apparato, ecc.). Inoltre, assai diversi risultano essere i contesti in cui viene esercitata: dalla regolarità all'emergenza, dalla normalità alla eccezionalità, dalla banalità alla complessità-complicazione.

Varie sono poi le fasi: diagnosi, prognosi, terapia, controllo della terapia e sorveglianza postoperatoria. A ciò si aggiunga che rispetto a uno stesso paziente si attivano ormai una pluralità di soggetti che hanno tra di loro tipologie di rapporti diversi, destinate a combinarsi tra di loro: stessa posizione gerarchica e/o rapporto di gerarchia verticale; stessa competenza e/o competenza diversa; collaborazione sincronica e/o diacronica; competenza medica o paramedica; successione nel turno di lavoro. Senza considerare, infine, che parlare oggi di attività medica significa parlare di strutture ampie e articolate caratterizzate da considerevoli problematiche gestionali e organizzative.

Questa complessità ha importanti risvolti sul piano giuridico-penalistico, e in particolare sull'istituto della colpa, perché ne determina una notevole frammentazione. Con la conseguenza che oggi tale istituto deve essere sempre più esaminato distinguendo non solo tra le molteplici attività che si esercitano nella nostra moderna società tecnologica e industrializzata (attività medica, circolazione stradale ferroviaria o aerea, attività d'impresa, ecc.), ma anche tra i diversi settori in cui tali attività si articolano: così, per quanto riguarda l'attività medica, si deve ormai distinguere quanto meno tra responsabilità monosoggettiva, responsabilità in *équipe* e responsabilità connessa alla struttura organizzativa.

2.1. *Scientificità, nesso causale, colpa*

La seconda caratteristica dell'attività medica è la sua «scientificità», nel senso che essa «intrattiene» un rapporto strettissimo e – per così dire – diretto con un sapere elaborato attraverso un metodo empirico-sperimentale: in sostanza, l'attività medica si esercita facendo scienza. Si tratta di una vera e propria peculiarità, perché mentre l'attività della circolazione stradale non ha alcuna relazione immediata con il sapere scientifico, alla base dell'attività di impresa tale rapporto è sì riscontrabile, ma in termini del tutto eventuali, instaurandosi soprattutto in presenza di alta tecnologia o di particolari sostanze pericolose.

Anche questa caratteristica incide notevolmente su alcune problematiche giuridico-penalistiche, ma in un modo senza dubbio peculiare, ben diverso da quello che si potrebbe credere. In particolare, per quanto riguarda la causalità, e più precisamente il decorso reale storicamente verificatosi, se da un lato la «scientificità» finisce per offrire al giurista maggiori certezze, dall'altro lato, però, paradossalmente, comporta incertezze forse addirittura maggiori che in altri settori. Il sapere scientifico consente infatti di acquisire informazioni pressoché certe soprattutto in ordine alla spiegazione del decorso causale prossimo all'evento, e, come emerge dalla stessa giurisprudenza, sono rarissime le ipotesi in cui non si sia in grado di ricostruire la causa immediata

dell'evento offensivo. D'altra parte, complici l'irripetibilità del fatto (e quindi l'impossibilità di una verifica autenticamente empirica dell'ipotesi formulata), l'estensione dell'*iter causale* che la stessa scienza contribuisce a dettagliare, nonché la dialettica che si instaura all'interno del processo penale, è ben possibile che rispetto a una stessa *causa mortis* si vengano a prospettare ipotesi di frammenti dell'ulteriore *iter* causale praticamente alternative ed entrambe scientificamente plausibili, le quali pertanto determinano incertezze nella attribuzione della responsabilità non tanto sul piano scientifico (entrambe le ricostruzioni sono plausibili), quanto piuttosto sotto il profilo probatorio-processuale. Senza considerare poi che rispetto ad alcune patologie, come ad esempio quelle degenerative o comunque caratterizzate da un progressivo decadimento complessivo, risulta spesso difficile, se non a volte impossibile, isolare il ruolo esclusivo di un solo fattore, essendo spesso la morte l'effetto di un concorso di cause accumulate nel tempo.

Con riferimento alla colpa e all'efficacia impeditiva del comportamento dovuto, le cose sembrano stare in termini opposti, nel senso che se, da un lato, il contributo in chiave di certezza offerto al giurista dalla scienza risulta in buona parte ridotto, tuttavia, dall'altro lato, in presenza di situazioni particolarmente incerte la scienza finisce per offrire un contributo molto significativo. E infatti, sotto il primo profilo, il sapere scientifico viene in gioco rispetto a un istituto che ponendo una regola comportamentale si caratterizza di per sé per una componente normo-valutativa con ampi margini di discrezionalità. Detto diversamente, ogni regola cautelare è il frutto di un procedimento di elaborazione all'interno del quale si compiono bilanciamenti e valutazioni relative a profili ulteriori rispetto a quelli delineati dal sapere scientifico: si pensi soltanto a come e quanto possano incidere i costi e le disponibilità di risorse economiche nella individuazione di un comportamento capace di contenere un determinato rischio. Inoltre, è lo stesso sapere scientifico riferito alla colpa che si caratterizza per un'intrinseca incertezza, perché nel delineare un comportamento efficacemente impeditivo si passa dal paradigma nomologico-deduttivo utilizzato per la spiegazione causale in una prospettiva *ex post* (si risponde alla domanda: di che cosa è morto?), a quello prognostico-predittivo in una prospettiva *ex ante* basato su valutazioni probabilistiche (si risponde al quesito: cosa si sarebbe potuto/dovuto fare per evitare la morte?). Senza considerare infine che il sapere scientifico risulta particolarmente dinamico e in continua evoluzione, determinando continue trasformazioni delle *leges artis*.

D'altra parte, là dove mancano le conoscenze causali in ordine ad esempio ad alcuni farmaci, ed eccoci al secondo profilo, ponendosi nella sostanza un problema identico a quello che si pone in altri settori caratterizzati da un sapere incerto (es. attività d'impresa avente ad oggetto sostanze pericolose), sarà molto difficile non poter configurare un giudizio di colpa in

virtù della mancanza di leggi causali utilizzabili per stabilire una relazione causa-effetto, e ciò proprio grazie a questo rapporto diretto e immediato che intercorre tra l'attività medica e il sapere scientifico: sarà sufficiente infatti registrare una minima complicità o un effetto collaterale indesiderato – agilmente constatabili attraverso un costante monitoraggio dovuto – per far scattare un obbligo di sospensione di una determinata terapia e l'inizio di eventuali cure dell'effetto collaterale indesiderato.

2.2. *Il rapporto medico-paziente e le particolarità del rischio nell'attività medica*

In terzo luogo, l'attività medica si caratterizza per il coinvolgimento di beni essenziali (vita e incolumità psico-fisica), ma si tratta di un coinvolgimento del tutto particolare rispetto alle altre attività, sia per quanto attiene agli scopi di tutela, sia in ordine alle modalità di tutela. Sotto il primo profilo degli scopi, essa è volta a tutelare gli stessi beni che offende, nel senso che il suo rapporto con i beni non è disfunzionale-conflittuale, ma sintonico-funzionale. Detto in altri termini, la relazione che intercorre tra il medico e il paziente è caratterizzata da posizioni poste su livelli diversi, ma – per così dire – concordi: da un lato, il medico è inevitabilmente in una posizione di maggiore significatività e «supremazia» rispetto al paziente, essendo il *dominus* del rischio sia proprio (derivante dall'attività terapeutica) che altrui (derivante dalla patologia), mentre il paziente si trova in una posizione di inferiorità, se non addirittura di debolezza, visto che è costretto ad affidare al medico il rischio che lo riguarda; dall'altro lato, entrambi i soggetti della relazione perseguono la medesima finalità consistente – per così dire – nella guarigione. Nelle altre attività il rapporto tra i soggetti coinvolti è invece assai diverso: mentre infatti nella circolazione stradale si è in presenza di posizioni paritarie (entrambi i soggetti sono inseriti nel traffico e svolgono la medesima attività), ma divergenti (i soggetti sono diretti alla realizzazione di un interesse proprio), nell'attività d'impresa si è in presenza di posizioni non solo poste su piani diversi, ma addirittura conflittuali, perché da un lato il datore è – per così dire – sovraordinato rispetto al lavoratore, mentre quest'ultimo si trova in una posizione di debolezza, visto che affida ad altro soggetto il controllo del rischio che lo riguarda; dall'altro lato i due soggetti sono portatori di interessi non solo diversi, ma anche tendenzialmente confliggenti.

Il fatto che medico e paziente perseguano il medesimo risultato ha importanti ricadute sul bilanciamento degli interessi nella elaborazione delle regole cautelari, perché mentre il bilanciamento nell'attività di circolazione e d'impresa è tra beni disomogenei (interessi economico-sociali sottesi all'attività *versus* beni della vita e della incolumità compromessi dall'attività); al contrario il bilanciamento che si compie nell'attività medica è più complesso, perché riguarda beni dello stesso valore appartenenti al

singolo o all'intera collettività. Ed infatti, se si bilanciano i beni del singolo tutelati con l'attività con quelli del singolo su cui tale attività incide, è evidente che sono questi ultimi a prevalere, con la conseguenza che il rifiuto di cure da parte del paziente, come anche un suo comportamento che contraddice le indicazioni terapeutiche o che comunque consiste in una mancanza di collaborazione, escludono qualsiasi responsabilità del medico, mentre un eventuale ritardo a sottoporsi alle cure non esime il medico da una responsabilità per colpa, a meno che non si sia giunti a una situazione ormai irreparabile; se invece si bilanciano gli interessi del singolo con quelli della collettività, il fattore determinante sarà costituito dalla maggiore o minore disponibilità di risorse economiche, ragion per cui in presenza di risorse copiose, il sistema si orienterà nel senso della massima cautela verso il singolo, senza con ciò compromettere i beni di altri soggetti; se invece si sarà in presenza di ristrettezze economiche, il sistema, al fine di soddisfare tutti gli interessi dello stesso livello che vengono in gioco, non potrà che orientarsi verso una cautela meno dispendiosa e quindi con ogni probabilità anche meno efficace.

Sotto il secondo profilo del modo in cui questi interessi vengono in gioco, si deve osservare che, da un lato, l'attività medica ha a che fare con beni che sono essi stessi a rischio, se non addirittura in vero e proprio pericolo, per la preesistenza di una patologia (rischio patologico), e che, dall'altro lato, in virtù della natura invasiva dell'attività, tale rischio viene fronteggiato incidendo sulla stessa incolumità e quindi nella sostanza realizzando un rischio aggiuntivo (rischio terapeutico). Anche queste caratteristiche hanno importanti conseguenze sotto il profilo della colpa. La preesistenza di un rischio dovuto alla malattia comporta che rispetto all'attività medica la società e il singolo nutrano una fortissima aspettativa generata proprio dalla debolezza del soggetto su cui si esercita l'attività, creandosi così una istanza solidaristica particolarmente accentuata. Dalla invasività e dalla presenza di due rischi, quello della attività e quello proprio della malattia che progredisce e degenera autonomamente, deriva che lo stesso rispetto della regola cautelare ha in sé il rischio che l'evento si verifichi in virtù della malattia, ponendosi così l'esigenza di distinguere quando l'evento sia la concretizzazione di un rischio dell'attività non consentito, con conseguente responsabilità, e quando invece sia la concretizzazione del rischio di effetti – per così dire – collaterali pur sempre consentiti oppure della malattia stessa, con conseguente irresponsabilità. Non solo, ma il modo di interagire di queste due situazioni di rischio può essere assai diverso. Da un lato, proprio in ragione del rischio patologico, il paziente può essere indotto ad accettare l'incremento del rischio terapeutico; dall'altro lato, lo stesso medico, proprio per fronteggiare con maggiore efficacia il rischio patologico, può essere portato a sottovalutare il rischio terapeutico.

Da quanto detto emerge un'ultima particolarità che mi preme sottolineare, e cioè la forte e peculiare tensione interna che contraddistingue

l'attività medica e il rapporto medico-paziente: da un lato, le circostanze che le posizioni siano concordi, che il bene sia di per sé a rischio e che l'evento si possa verificare anche se si è agito diligentemente, spingono a favore di una prospettiva che attenua le istanze di responsabilizzazione; dall'altro lato, però, il fatto che il malato sia per definizione un soggetto debole, esposto a un rischio «naturale» destinato a concretizzarsi nella lesione o nella morte, genera aspettative destinate ad accentuare e innalzare la pretesa nei confronti del medico. E se a questo si aggiunge che l'attività si può presentare particolarmente complessa, incrementando i rischi di insuccesso, ben si capisce perché proprio in queste ipotesi vi sia stata la tendenza, ormai superata, ma che a volte ancora riaffiora, ad estendere il campo della discrezionalità tecnica, restringendo al contempo quello della responsabilità a ipotesi di colpa grave.

3. Le problematiche affrontate dalla giurisprudenza: questioni generali e questioni specifiche

Tutto ciò premesso, la disamina della giurisprudenza che condurrò in tema di responsabilità medica si articolerà in due grandi filoni: in primo luogo, prenderò in esame due questioni a carattere generale e per certi aspetti preliminari, e cioè il problema della struttura unitaria o differenziata della causalità e quello, in parte connesso, del concetto di certezza e dei criteri utilizzabili ai fini dell'imputazione dell'evento; in secondo luogo, affronterò tre questioni – per così dire – più specifiche: la problematica del decorso causale reale, vale a dire del decorso storicamente ed empiricamente verificatosi; quella della colpa, concernente l'individuazione del comportamento dovuto (o alternativo lecito); e infine la problematica del decorso causale ipotetico, e cioè dell'efficacia impeditiva del comportamento dovuto alternativo lecito. All'interno di ognuna di queste ultime problematiche specifiche farò poi riferimento ad ulteriori questioni ancor più di dettaglio.

4. Prima questione a carattere generale: la struttura della causalità penale

Per quanto riguarda la struttura della causalità penale è noto come da tempo si dibatta sulla sua unitarietà oppure differenziazione. La posizione della giurisprudenza sul punto è decisamente variegata. Mi pare opportuno distinguere le prese di posizione espresse da quelle – per così dire – tacite, che come vedremo presentano lati di particolare interesse.

Per quanto riguarda le prese di posizione espresse, la giurisprudenza si è sempre orientata nel senso della unitarietà, dovendosi tuttavia registrare due modi diversi di concepirla. Ed infatti, secondo un orientamento giurisprudenziale, al quale finisce per essere riconducibile anche

la sentenza Franzese, la causalità avrebbe sì una natura unitaria, ma tale struttura unitaria sarebbe – per così dire – forgiata sull'omissione, nel senso che, quale che sia il tipo di condotta che viene in gioco, ci troveremmo sempre in presenza di un paradigma nella sostanza induttivo, in virtù del ragionamento ipotetico controfattuale che caratterizzerebbe entrambi gli accertamenti¹. Per un altro orientamento giurisprudenziale, invece, la causalità avrebbe sempre una struttura unitaria, ma tale struttura unitaria sarebbe forgiata alla fin fine sull'azione, nel senso che, al di là del tipo di condotta, il paradigma che viene utilizzato è quello rigorosamente nomologico-deduttivo².

Come vedremo meglio nei prossimi paragrafi, al fondo di questi due orientamenti sta un diverso modo di concepire la certezza e i criteri di imputazione: là dove si muove da una certezza «meno rigorosa» oppure di tipo processuale (nella sostanza a carattere normativo), la tendenza è a forgiare la struttura in termini omissivi (induttivi); là dove invece si muove da un concetto di certezza assoluta (nella sostanza empirico-naturalistica), la tendenza è a forgiarla in termini commissivi (deduttivi).

Molto più interessanti le prese di posizione 'tacite', le quali si orientano verso la differenziazione. Anche qui si devono registrare due indirizzi: quello che distingue tra causalità attiva e causalità omissiva, basandosi pertanto sulla natura attiva o omissiva della condotta tipica³; e quello che invece equipara causalità omissiva e causalità colposa, nel senso che assimila il reato omissivo colposo a quello commissivo colposo basando

¹ Cass. 10780/2000, Diele (rel. Losapio), in cui si afferma: «è evidente l'omologia tra condotta in reato commissivo proprio e condotta (come inerzia) in reato commissivo mediante omissione, sotto il profilo del condizionamento eziologico. Il criterio di valutazione dell'incidenza causale sull'evento della condotta, è sempre lo stesso: quella regola di comune esperienza, preesistente al giudizio, oggettivamente verificata come legge di copertura, in forza della quale il giudice può affermare che, nell'un caso, se il soggetto si fosse astenuto da una data azione, quell'evento non si sarebbe verificato con quel grado di probabilità (vicino all'assoluto o comunque nel grado statistico proprio alla regola applicata); nell'altro, che se il soggetto, avendone dovere, avesse agito secondo il comando, l'evento sarebbe stato impedito. E se la regola da applicare è la stessa, il grado di certezza che si può pretendere nel giudizio sull'esistenza del rapporto di condizionamento, è lo stesso sia che trattasi di reato commissivo proprio, sia di reato commissivo mediante omissione»; Cass. 30328/2002, Franzese (rel. Canzio): «la più recente e citata giurisprudenza di legittimità [...] conviene che anche per i reati omissivi impropri resta valido il descritto paradigma unitario di imputazione dell'evento. Pur dandosi atto della peculiarità concettuale dell'omissione [...] si osserva che lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del "condizionale controfattuale" [...] (e) considerato che anche la spiegazione della causalità attiva ricorre a controfattuali ipotetici, il citato indirizzo interpretativo ha dunque ridimensionato la tesi per la quale la verifica giudiziale della condizionalità necessaria dell'omissione pretenderebbe un grado di "certezza" meno rigoroso rispetto ai comuni canoni richiesti per la condotta propria dei reati commissivi».

² Cass. 9780/2001, Baltrocchi (rel. Battisti).

³ Cass. 10795/2008, Pozzi (rel. Brusco); Cass. 840/2008, Brignoli (rel. Brusco).

pertanto la distinzione sui fattori naturalistici oppure normativi (naturalisticamente un *nihil*) del decorso causale⁴.

In particolare, il primo orientamento non solo ha il merito di prendere atto della necessità di differenziare, ma, facendo tesoro di alcune indicazioni provenienti dalla dottrina, ha anche il pregio di utilizzare un criterio piuttosto solido nella distinzione tra azione ed omissione (utile, come vedremo, anche per altre finalità), che, com'è noto, ha sempre costituito una questione altamente problematica: il criterio è quello della introduzione o meno di nuove e ulteriori situazioni di rischio rispetto a quelle già esistenti⁵, ragion per cui, se con l'attività si crea un rischio ulteriore, si sarebbe in presenza di un'azione; se, invece, anche a seguito dell'attività, il rischio non muta, si sarebbe in presenza di un'omissione. Così, ad esempio, costituirebbe omissione la totale omessa diagnosi di una determinata patologia, come anche la prescrizione di farmaci del tutto inutili e inefficaci; al contrario, si tratterebbe di azione quando il medico ha prescritto una dose eccessiva di farmaci.

D'altra parte questo orientamento presenta un limite di fondo. Al di là del fatto che il problema della natura commissiva od omissiva della condotta è sempre stato risolto nel senso della causalità attiva, impedendo così di procedere alla verifica dell'efficacia del comportamento alternativo lecito, con conseguente rischio di strumentalizzare soluzioni di problematiche dogmatiche per finalità meramente preventive, ciò che preme sottolineare è come si tratti di sentenze davvero isolate, visto che

⁴ Cass. 3380/2005, Fedele (rel. Bianchi): «la distinzione tra comportamento omissivo e commissivo [...] non deve essere sopravvalutata, dal momento che è ormai pacificamente riconosciuto che i due tipi di comportamento sono in realtà strettamente connessi e per così dire l'uno speculare all'altro, dato che nel violare le regole di comune prudenza il soggetto non è evidentemente inerte ma tiene un comportamento diverso da quello dovuto; peraltro essi sono sottoposti a regole identiche in ordine all'accertamento della responsabilità e la distinzione attiene soltanto alla necessità, in caso di comportamento omissivo, di fare ricorso per verificare la sussistenza del nesso di causalità, ad un giudizio controfattuale meramente ipotetico (dandosi per verificato il comportamento invece omissivo) anziché fondato sui dati della realtà; è dunque evidente che il comportamento omissivo non può essere inteso in senso assoluto, nel senso cioè di ritenerlo sussistente solo nel caso di assoluta mancanza di azione da parte del soggetto, ma è comprensivo anche dei casi in cui il soggetto pone in essere un comportamento diverso da quello dovuto, da quello che sarebbe stato doveroso secondo le regole della comune prudenza, perizia ed attenzione».

⁵ Cass. 10795/2008, Pozzi (rel. Brusco): «causalità omissiva sarà dunque quella del medico che omette proprio di curare il paziente o che rifiuta di ricoverarlo. Al più potrebbe ritenersi condivisibile il più recente orientamento secondo cui, nell'ambito della responsabilità medica, avrebbe natura commissiva la condotta del medico che ha introdotto nel quadro clinico del paziente un fattore di rischio poi effettivamente concretizzatosi; sarebbe invece omissiva la condotta del sanitario che non abbia contrastato un rischio già presente nel quadro clinico del paziente»; Cass. 840/2008, Brignoli (rel. Brusco), dove si afferma quanto già detto nella sentenza precedente.

la quasi totalità della giurisprudenza non si pone mai il problema della natura commissiva od omissiva della condotta, il quale, oltretutto, dovrebbe essere risolto in via – per così dire – preliminare.

Ebbene, perché questo sostanziale disinteresse della giurisprudenza verso la distinzione tra azione, omissione e colpa? Ed eccoci arrivati al secondo orientamento «tacito» differenziante, quello decisamente più meritevole d'attenzione. Esso compie una distinzione sulla base dei fattori empirico-naturalistici oppure normativi (dovuti, ma omessi) del decorso causale, e cioè tra decorso causale reale e decorso causale ipotetico. In particolare, per decorso causale reale s'intende quello che si è effettivamente, storicamente verificato: in sostanza si risponde alla domanda: di cosa è morto il soggetto? Tale decorso è sempre presente e sempre identico quale che sia il reato che viene in gioco (commissivo, omissivo, doloso o colposo). Così, ad esempio, il decorso reale di una morte per emorragia è identico sia che l'emorragia sia stata cagionata da una coltellata inferta dolosamente; sia che consegua alla rottura naturale di un vaso sanguigno, rottura poi non diagnostica dal medico del pronto soccorso; sia che rappresenti la conseguenza di una mossa maldestra del chirurgo durante l'operazione: in tutti questi casi il decorso reale sarà: morte, insufficienza cardio-circolatoria, *shock* emorragico, rottura di un vaso sanguigno. Il decorso causale ipotetico è invece il decorso che non si è verificato, ma che si sarebbe verificato se fosse stato realizzato un comportamento dovuto, ma omesso: la questione da risolvere è se l'osservanza della condotta dovuta sarebbe valsa ad impedire l'evento. Tale decorso è quindi presente soltanto se viene in gioco un fattore normativo, vale a dire un comportamento dovuto e omesso; inoltre, è identico, sia che si tratti di omissione come condotta principale, sia che si tratti di violazione di una regola cautelare. Così ad esempio, nell'ipotesi di totale omessa diagnosi di un carcinoma (omissione), il giudice si interroga se, in presenza di una corretta e tempestiva diagnosi, quell'evento morte, *hic et nunc* considerato, si sarebbe verificato egualmente; ma anche in presenza di una eccessiva somministrazione di un determinato farmaco (condotta colposa), il giudice si interroga se, attraverso una somministrazione della giusta dose di farmaco, quell'evento morte, *hic et nunc* considerato, si sarebbe verificato egualmente.

A mio modesto avviso, ci troviamo in presenza di un orientamento del tutto plausibile, che rivela come molto spesso ciò che si qualifica come una torsione delle categorie altro non sia che l'emersione di profili da sempre esistenti nella struttura genetica degli istituti, e che sono rimasti latenti fino a quando alcuni fenomeni della realtà (spesso riconducibili all'idea di modernità) non li hanno fatti emergere. Ed infatti, fino a quando la colpa è stata tenuta fuori dal tipo (complice la scarsa diffusione di attività utili ma rischiose), la prospettiva differenziante si è tutta concentrata sulla distinzione tra azione ed omissione, ostacolando tuttavia la presa di coscienza che tutte le volte in cui v'è un comportamento normativamente fondato

(omissione o violazione della regola cautelare) è sempre presente un decorso reale che si verifica concretamente. Nel momento in cui la colpa è entrata nel tipo, ciò che è divenuto fondamentale ai fini della imputazione dell'evento è stata la presenza o meno di una componente normativa (e quindi omissiva) nel comportamento che viene in gioco, componente che comporta l'elaborazione di giudizi aventi struttura ipotetica. Inoltre, a me pare si tratti di una soluzione che sembra rispondere a una sorta di natura «normativa» delle cose «giuridiche», nel senso che essa si muove in piena coerenza con il presupposto ormai da tutti nella sostanza condiviso che omissione e colpa presentano un'identica struttura ipotetica.

Alcune considerazioni sulle conseguenze di questa ricostruzione. Anzitutto, occorre evidenziare come ai fini del decorso reale la giurisprudenza non distingue tra azione ed omissione, così come ai fini del decorso ipotetico non si distingue tra omissione e colpa. In secondo luogo, il fatto che non si faccia riferimento alla distinzione tra azione od omissione, ma che tutto venga «riassorbito» nel comportamento alternativo lecito, sposta il livello della riflessione dalle tipologie di condotta alle tipologie di reato, dovendosi distinguere tra reati che presentano soltanto il decorso causale reale (reati commissivi dolosi) e reati che presentano invece un decorso causale reale e un decorso causale ipotetico (reati omissivi dolosi o colposi; reati commissivi colposi). Quanto detto, però, non deve portare all'errore di credere che la distinzione tra azione ed omissione non abbia più alcuna rilevanza: essa infatti rileva ai fini della posizione di garanzia. Tuttavia, quando si tratta di responsabilità medica, si deve notare che tutti i soggetti che vengono in gioco sono titolari di una tale posizione, ed ecco quindi spiegata la ragione per cui la giurisprudenza rarissimamente si occupa di una distinzione tra azione ed omissione. Infine, la struttura della responsabilità omissiva e/o colposa finisce per assumere la seguente struttura: accertamento del decorso causale reale, vale a dire ricostruzione del decorso causale realmente verificatosi, all'interno del quale si può distinguere una fase sostanziale di elaborazione dell'ipotesi ed una processuale di conferma ovvero di prova dell'ipotesi; individuazione del comportamento alternativo lecito, cioè del comportamento dovuto, che nel caso della responsabilità medica consiste in una regola cautelare; accertamento del decorso causale ipotetico, vale a dire della effettiva capacità del comportamento alternativo lecito di impedire la verificazione dell'evento, alla luce delle circostanze presenti nel fatto concreto.

5. Seconda questione a carattere generale: il concetto di certezza e i criteri utilizzabili ai fini dell'imputazione dell'evento. La certezza di grado inferiore

Per quanto riguarda la certezza e i criteri della imputazione dell'evento, è da condividere l'idea che buona parte dei problemi posti dalla causalità

penale derivino proprio da tali concetti. All'interno della giurisprudenza in ambito medico si sono succeduti tre diversi orientamenti: quello della certezza di grado inferiore, per cui si può imputare un evento anche in presenza di leggi statistico-probabilistiche con percentuale inferiore al 100%; quello della certezza assoluta, secondo il quale ai fini dell'imputazione si richiede una percentuale molto prossima al 100% e quindi sono nella sostanza utilizzabili soltanto le leggi universali; e quello della certezza cosiddetta processuale, per cui la spiegazione deve fondarsi non solo sulla percentuale statistico-probabilistica, ma anche su una valutazione «qualitativa» concernente l'attendibilità dell'impiego della legge scientifica rispetto al singolo evento concretamente verificatosi.

Per quanto riguarda il primo orientamento⁶, esso si è affermato con il filone giurisprudenziale cosiddetto probabilistico ed è stretta-

⁶ Nella giurisprudenza di legittimità tale orientamento è inaugurato da Cass. 4320/1983, Melis (rel. Suriano): il caso riguardava la morte di un giovane per grave stato tossico e shock a seguito di ritenzione in cavità addominale di un grosso frammento di vetro che non era stato estratto al momento della sutura. Nella sentenza si afferma: «il nesso causale – sostengono le difese – in quanto elemento del reato va provato con assoluta certezza e poiché nella fattispecie tale certezza manca, si deve concludere che la morte dell'infortunato fu conseguenza esclusiva del fatto infettivo e non della presunta negligenza ed imprudenza dei sanitari. La tesi non ha pregio. Ritiene invero la Corte che nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, in materia di responsabilità per colpa professionale sanitaria, al criterio della certezza degli effetti della condotta si possa sostituire quello della probabilità di tali effetti (e della idoneità a produrli), nel senso che il rapporto causale quindi sussiste anche quando l'opera del medico, se correttamente e tempestivamente intervenuta avrebbe avuto non già la certezza, bensì soltanto serie ed apprezzabili possibilità di successo, tali che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata. In particolare, per quanto si riferisce agli interventi chirurgici, non sussiste mai la certezza assoluta che un tempestivo atto operatorio possa avere pieno successo per i noti margini di rischio che qualsiasi intervento comporta, e tuttavia se l'intervento aveva ampie e riconosciute probabilità di successo per la soluzione del caso e la salvezza del paziente, non potrà sostenersi, solo perché sussisteva detto margine di rischio, che non fosse certo che sarebbe valso a salvare la vita del malato. Ben può affermarsi, pertanto, che sussiste sempre il nesso di causalità tra la condotta imperita del sanitario, che non abbia disposto cautele ed accertamenti che avrebbero portato ad un sollecito intervento chirurgico su un infortunato e l'evento mortale che ne è conseguito, quando tale intervento, anche se non avrebbe salvato con certezza il ferito, aveva buone probabilità di raggiungere tale scopo». Appartengono a questo orientamento: Cass. 10780/2000, Diele (rel. Losapio): il caso riguardava la morte di un paziente per insufficienza respiratoria; al medico del pronto soccorso si rimproverava di aver sottovalutato l'insufficienza respiratoria e di aver omesso di far eseguire l'emogasanalisi o, in alternativa, di disporre il ricovero urgente del paziente nell'attigua U.O. di rianimazione, avviandolo invece al reparto di semeiotica medica sito in un diverso complesso. Nella sentenza si afferma che «la certezza alla quale ambisce il ricorrente (si parlava testualmente di "certezza assoluta"), è una chimera nel mondo in cui viviamo, nel succedersi degli eventi naturali, perché l'intervento di una indefinita ed indefinibile serie di fattori incidenti sull'evolversi della situazione è del tutto usuale, data la complessità della catena causale. Conclusivamente, anche nell'ipotesi di reato omissivo improprio l'esistenza del rapporto di causalità tra condotta e l'evento che doveva essere impedito, va ritenuto in forza di una oggettiva regola di esperienza, che, preesistente al giudizio, consenta di affermare che la condotta avrebbe impedito il verificarsi dell'evento con quel grado di certezza conforme proprio alla regola ap-

mente legato alla particolare natura-struttura della causalità cosiddetta omissiva, pur essendo stato poi esteso anche alla causalità cosiddetta

plicata, comunque molto elevato, ancorché non assoluto»; Cass. 1126/2000, Gulisano (rel. Marzano): il caso riguardava la morte di una donna gravida e dei tre feti a seguito di omessa diagnosi e cura di epatite. Oltre a ribadire che la causalità nel reato omissivo improprio, diversamente da quanto avviene nei reati di azione che postulano una causalità reale nel rapporto azione – evento, è pur sempre una causalità ipotetica che comporta un giudizio non già di certezza, ma appunto di probabilità, la Corte nota come «non può nella specie discostarsi che gli elementi apprezzati dai giudici di merito (in particolare una probabilità di sopravvivenza della madre almeno del 75%) realizzino quella seria ed apprezzabile probabilità di successo delle terapie dovute»; Cass. 360/1995, Presta (rel. Ferro), in cui si afferma che «in tema di colpa professionale, sussiste responsabilità del medico che colposamente ometta un intervento chirurgico necessario, quando anche esso non sia tale da garantire in termini di certezza la sopravvivenza del paziente, se vi sia una limitata, purché apprezzabile, probabilità di successo, indipendentemente da una determinazione matematica percentuale di questa»; Cass. 8599/1993, De Donato (rel. Battisti), dove si afferma: «nel caso in cui la scienza medica assegni qualche speranza di salvezza al ricovero in ospedale e nessuna al non ricovero, il sanitario, che si ispiri al cosiddetto modello di agente dal quale la comunità si aspetta preparazione e oculatezza, non può non sfruttare quella speranza, vale a dire la residua probabilità di salvezza, e qualora non lo faccia, versa in colpa»; Cass. 6683/1993, De Giovanni (rel. Malagnino), dove si afferma quanto già detto nella sentenza Melis; Cass. 1594/1993, Conte (rel. Giammanco P.): «in tema di responsabilità per colpa professionale del medico, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta dell'imputato e l'evento, trova applicazione non il criterio della certezza, ma quello della probabilità degli effetti della condotta»; Cass. 5919/1992, Rezza (rel. Battisti): «la causalità nel reato omissivo improprio non è una causalità reale, quale è quella nel rapporto azione-evento, ma una causalità ipotetica, sicché accertare l'esistenza del rapporto di causalità in questo caso significa esprimere non quel giudizio di certezza che è richiesto di norma nell'accertamento del nesso causale nei reati d'azione, ma quel giudizio secondo il quale l'azione doverosa, ove fosse stata compiuta, sarebbe stata idonea ad impedire l'evento con una probabilità vicina alla certezza»; Cass. 371/1992, Silvestri (rel. Caizzone): il caso riguardava un'omessa diagnosi di infezione tetanica e della relativa terapia. Nella sentenza si afferma quanto affermato nella sentenza Melis, precisando che «nel caso di specie, le probabilità erano rafforzate dalla giovane età della paziente (31 anni) e dalla sua forte fibra, dato che era sopravvissuta per tre giorni dopo le opportune cure ospedaliere»; Cass. pen., Sez. IV, 18 ottobre 1990-23 novembre 1990, Oria (rel. Troncelliti): il caso riguardava la morte di una donna, dovuta ad omessa diagnosi da parte del medico di edema laterofaringeo e di omesso ricovero tempestivo presso il reparto di otorinolaringoiatria. Nella sentenza si afferma quanto già detto nella sentenza Melis; Cass. 11484/1990, D'Erme (rel. Caizzone), dove si dice quanto affermato nella sentenza Melis; Cass. 8148/1990, Pasolini (rel. Suriano S.): il caso riguardava la morte di partoriente causata da grave patologia intestinale sovrappostasi alle doglie del parto, la cui sintomatologia era stata confusa dal sanitario con queste ultime. Si afferma nella sentenza che «in tema di colpa professionale dei medici, sussiste sempre il nesso di causalità, allorché il tempestivo e corretto intervento sanitario sarebbe stato idoneo a produrre serie ed apprezzabili possibilità di successo per salvare la vita del paziente, anche se non la piena certezza»; Cass. 11389/1990, Bernardino (rel. Cristarella Orestano): «in tema di causalità omissiva, particolarmente in materia di responsabilità per colpa professionale medico-chirurgica, è corretto il ricorso al criterio della probabilità, poiché è particolarmente impossibile affermare con certezza assoluta che un determinato evento non si sarebbe realizzato, ove fosse stata posta in essere la condotta doverosa di intervento terapeutico o chirurgico diretta ad impedirlo. Trattandosi di un giudizio ipotetico, da compiersi col procedimento logico consistente nell'eliminazione mentale dell'omissione e nella sostituzione di questa con l'azione impeditiva astrattamente idonea (secondo un criterio di regolarità causale)»; Cass. 7118/1989, Prinziavalli (rel. Suriano S.),

attiva⁷. Ed infatti, l'idea che nell'accertamento della causalità si debba fare riferimento a una certezza di grado inferiore nasce dalla consapevolezza che in presenza di una condotta omissiva muta il paradigma di riferimento da nomologico-deduttivo a prognostico-congetturale e mutando il paradigma muta anche la certezza, la quale risulta per l'appunto di grado inferiore: poggiando l'accertamento del nesso omissione-evento su un giudizio strutturalmente ipotetico (che cosa sarebbe accaduto se fosse stata realizzata la condotta dovuta), in tale accertamento non si può raggiungere lo stesso livello di rigore esigibile nell'accertamento della causalità attiva. Questo particolare concetto di certezza è stato poi esteso all'azione, notando come rispetto a quest'ultima si finisce per adottare un ragionamento ipotetico-prognostico nella sostanza identico a quello omissivo, allorchando si impiega il giudizio controfattuale di eliminazione mentale che caratterizza la formula della *condicio sine qua non* (anche in questo caso ci si interroga su cosa sarebbe accaduto se *non* fosse stata realizzata la condotta). Conseguenza è che in questa prospettiva si ritiene pienamente ammissibile anche l'impiego delle leggi statistico-probabilistiche.

Il merito di questa concezione sta nell'aver messo in evidenza le indiscutibili particolarità strutturali dell'omissione. D'altra parte, così espressa e formulata, finisce per essere più il prodotto di istanze preventivo-repressive che di una visione compatibile con i principi di garanzia. Ed infatti, ciò che non convince è, anzitutto, l'estensione della minore certezza anche all'azione, estensione che sembra basarsi su un fraintendimento di fondo, agevolato dall'impiego del termine ipotetico: se infatti è vero che l'accertamento della causalità, sia essa attiva od omissiva, muove sempre dalla formulazione di un'ipotesi, è anche vero che l'ipotesi della causalità cosiddetta attiva è formulata adottando una prospettiva *ex post* in funzione esplicativa, mentre quella della causalità omissiva è formulata sulla base

dove si afferma quanto già detto nella sentenza Melis; Cass. 8290/1987, Ziliotto (rel. Suriano S.), dove si afferma quanto affermato nella sentenza Melis; Cass. 9653/1983, Andreini (rel. Trofa), dove si afferma «l'irrepreensibilità, sotto il profilo logico, prima ancora che giuridico, del ragionamento del giudice di appello, secondo cui una tempestiva operazione chirurgica ben avrebbe potuto rientrare, per suo esito positivo, tra il settanta ed ottanta per cento di felici conclusioni contemplato dalle stesse rilevazioni statistiche».

⁷ Cass. 10780/2000, Diele (rel. Losapio), nel passo citato a nota 1. Cass. 10437/1993, Rossello (rel. Golia): «in tema di responsabilità per colpa professionale del medico, se può essere consentito il ricorso ad un giudizio di probabilità in ordine alla prognosi sugli effetti che avrebbe potuto avere, se tenuta, la condotta dovuta, qualora debba accertarsi il rapporto di causalità fra due avvenimenti concretamente verificatisi (nella specie anestesia, praticata con un determinato farmaco – l'Ethrane – e successiva insorgenza di una crisi di mioglobinuria) è necessario che l'esistenza del nesso venga riscontrata con sufficiente grado di certezza, se non assoluta, almeno con un grado tale da fondare su basi solide un'affermazione di responsabilità, non essendo a tal fine un giudizio di mera verosimiglianza».

di una prospettiva *ex ante* a carattere prognostico. Detto diversamente, ciò che incide sul paradigma del giudizio di accertamento non è il mero fatto che si formuli un'ipotesi, bensì la prospettiva e la struttura del giudizio che si adotta, e non c'è dubbio che rispetto alla causalità attiva tale prospettiva sia *ex post* con funzione esplicativa e non, come accade per l'omissione, *ex ante*, con funzione predittiva. Anzi, a ben vedere, e a rigore, si deve riconoscere che, nel momento in cui si adotta il paradigma nomologico-deduttivo, il giudizio di eliminazione mentale finisce per essere del tutto pleonastico, limitandosi a riaffermare l'esito già raggiunto con una ricostruzione del nesso in termini esplicativi da una prospettiva *ex post*. Ma se le cose stanno così, c'è da chiedersi allora se rispetto all'azione, e quindi a un paradigma nomologico-deduttivo con funzione esplicativa, la certezza che viene in gioco sia davvero di grado inferiore. E la risposta sembra essere negativa, visto che una spiegazione scientifica o è certa oppure non è.

In secondo luogo, non è del tutto appagante limitarsi ad affermare che l'imputazione omissiva si caratterizza per un grado di certezza inferiore, senza ulteriori specificazioni, e ciò perché tale affermazione non consente di cogliere la reale portata del diverso paradigma, risultando la differenza tra «certezza attiva» e «certezza omissiva» di tipo meramente quantitativo, e non qualitativo. Tuttavia, si deve osservare come con il mutamento del paradigma muti anche lo stesso concetto di certezza che da naturalistico diviene nella sostanza normativo, trasformandosi di conseguenza anche le modalità con le quali tale esigenza può essere soddisfatta. Modalità che non possono più tendere a una spiegazioni scientifica a base empirica, ma che devono consistere nella formulazione di un giudizio prognostico relativo all'efficacia impeditiva dell'evento razionalmente fondato, e quindi controllabile sul piano logico e della coerenza argomentativa.

5.1. La certezza assoluta

Per quanto riguarda il secondo orientamento concernente il concetto di certezza assoluta⁸, il ragionamento che si compie è nella sostanza ro-

⁸ Tale orientamento è inaugurato da Cass. 9780/2001, Baltrocchi (rel. Battisti): il caso riguardava la morte di un soggetto per broncopolmonite non diagnosticata dal medico del pronto soccorso, medico che, nonostante il certificato di ricovero del medico curante e l'esito positivo degli accertamenti compiuti mediante l'emogasanalisi (ipossia, ipercapnia, alcalosi metabolica), disponeva che il paziente non fosse ricoverato. Nella sentenza confermativa dell'assoluzione, la Corte afferma: «il problema del significato da attribuire alla espressione con alto grado di probabilità – il giudice deve accertare che quella azione quella omissione è stata causa dell'evento con alto grado di probabilità – non può essere risolto se non attribuendo alla espressione il valore, il significato, appun-

vesciato rispetto a quello appena esposto: poiché nel diritto penale l'imputazione non può ammettere margini di dubbio, pena la violazione del principio di personalità della responsabilità penale, tale imputazione deve caratterizzarsi per una certezza pressoché assoluta, con la conseguenza che ai fini della spiegazione dell'evento si possono utilizzare soltanto leggi universali o statistiche prossime al 100%.

Il merito di questa concezione sta nell'aver ribadito come rispetto alla causalità si pongano ineludibili esigenze di garanzia che possono essere soddisfatte soltanto da un'idea 'forte' di certezza. Tuttavia anche questa concezione suscita non poche perplessità. Da un lato, come emerge anche da quanto detto prima, non ha molto senso parlare di leggi universali rispetto alla causalità cosiddetta omissiva. Anzi, ad essere precisi non ha senso parlare nemmeno di leggi statistiche e più in generale di leggi scientifiche, e ciò perché, là dove il comportamento è solo immaginato, muta il paradigma di riferimento da esplicativo a predittivo, con la conseguenza che le leggi scientifiche, quali esse siano (universali, ma anche statistiche), vengono impiegate in un contesto e in una prospettiva in cui perdono per l'appunto la loro funzione esplicativa, mentre assumono un ruolo di mero rafforzamento logico della predizione. In sostanza, parlare di certezza assoluta in presenza di un giudizio prognostico mi pare totalmente privo di senso. Dall'altro lato, rispetto alla causalità cosiddetta attiva, questa concezione finisce per

to, che le attribuisce la scienza e, prima ancora, la logica, cui la scienza si ispira, e che non può non attribuirle il diritto. Per la scienza non v'è alcun dubbio che "alto grado di probabilità" "altissima percentuale", "numero sufficientemente alto di casi", voglia dire che, in tanto il giudice può affermare che una azione od omissione sono state causa di un evento, in quanto possa effettuare il giudizio controfattuale avvalendosi di una legge o proposizione scientifica che "enunci una connessione tra eventi in una percentuale vicina a cento", espressione che, come può notarsi, equivale a quella che usa la dottrina che, in tema di causalità omissiva, ritiene che il giudice può ravvisare il nesso causale se l'azione doverosa avrebbe impedito l'evento con una probabilità vicina alla certezza: è, infatti, difficile negare che, sul piano logico, l'espressione "vicina alla certezza" voglia dire qualcosa di diverso dalla espressione "vicina a cento". In via conclusiva si può dire che una spiegazione statistica adeguata del singolo evento lesivo presuppone una legge statistica con coefficiente percentualistico vicino a cento e deve sfociare in un giudizio sul nesso di condizionamento di alta probabilità logica o di elevata credibilità razionale, dove alta ed elevata stanno ad indicare un giudizio che si avvicina al massimo, alla certezza». Appartengono a questo orientamento: Cass. 14006/2001, Di Cintio (rel. Battisti): «premesse che non v'è alcun dubbio che il giudice, anche nella causalità, debba accertare il rapporto di causalità avvalendosi di una legge di copertura, scientifica o statistica, che gli consenta di ritenere, grazie al giudizio controfattuale, che una certa condotta/omissione è causa di un determinato evento con una probabilità vicina alla certezza, vicina a cento, non v'è chi non veda che la locuzione vicina alla certezza corrisponda alla locuzione quasi certo. È sufficiente, infatti, scorrere il dizionario per cogliere che, se vicino significa poco discosto, poco lontano, quasi vuol dire poco meno che, per pochissimo, poco manca è davvero impossibile non rendersi conto che i due significati sono sovrapponibili, si equivalgono»; Cass. 9793/2001, Musto (rel. Battisti), dove si afferma quanto già detto nella sentenza Baltrocchi.

identificare la certezza della imputazione con la certezza dei criteri, ma si tratta di concetti del tutto distinti, in quanto, come ha dimostrato la stessa giurisprudenza con la sentenza Franzese, e come vedremo meglio tra poco, è ben possibile avere una imputazione–spiegazione certa (assolutamente certa) anche attraverso l'impiego di leggi statistiche, allorquando si sia in grado di escludere eventuali decorsi causali alternativi.

5.2. *La certezza cosiddetta processuale*

Prima di passare all'ultimo concetto di certezza, quella cosiddetta processuale, mi sia consentita una riflessione sulle due concezioni appena descritte. Anzitutto, mi preme notare la loro specularità: la certezza di grado inferiore muove dall'osservazione strutturale e in virtù di questa si relaziona con i principi; la certezza assoluta muove dai principi e li proietta sulla realtà strutturale come se quest'ultima potesse subire qualsiasi manipolazione normativa. In secondo luogo, a me pare che ciascuna abbia una parte di vero, presentando però poi un limite alla fin fine comune: la parte di vero di ciascuna sta proprio nel concetto di certezza che si elabora, il limite comune sta invece nella loro unitarietà, vale a dire nell'idea, e forse sarebbe meglio dire nella pretesa, che la certezza di grado inferiore o la certezza assoluta debbano essere estese e caratterizzare sia la causalità attiva (decorso reale), sia quella omissiva (decorso ipotetico). L'impressione che si ha è pertanto quella che il loro contrasto si sarebbe potuto risolvere superando la visione unitaria e iniziando a differenziare tra causalità attiva (decorso reale), rispetto alla quale non si può parlare che di certezza pressoché assoluta in senso esplicativo, e causalità omissiva, rispetto alla quale, invece, è inevitabile fare riferimento a una certezza non tanto relativa, ma avente natura diversa, nella sostanza normativa essendo connessa a un ragionamento predittivo. Soluzione questa che sarebbe stata oltretutto perfettamente coerente con la struttura differenziata elaborata in forma tacita proprio dalla stessa giurisprudenza.

D'altra parte, la giurisprudenza non si è mossa nella prospettiva appena tratteggiata. L'ultimo concetto di certezza, quella cosiddetta processuale, è stato infatti elaborato partendo non soltanto dal rifiuto di quelli precedenti, ma prima ancora da un mutamento di prospettiva, per cui il problema posto dalla causalità penale non è stato più visto sulla base della distinzione tra causalità attiva e causalità omissiva, quanto piuttosto nella prospettiva della distinzione tra causalità astratta (o generale) e causalità in concreto (o individuale), ragion per cui l'accertamento della causalità si compone sempre di due fasi: una prima fase, generalizzante, diretta alla ricostruzione del nesso in termini di mera ipotesi, una seconda fase, individualizzante, volta a confermare e verificare l'attendibilità dell'ipotesi nel caso concreto andando oltre il coefficiente di certezza

o probabilità espresso dalla legge assunta in astratto. Ecco allora che in questa prospettiva, sia con riferimento alla causalità attiva, che con riferimento a quella omissiva, il risultato dell'imputazione deve raggiungere un livello di alta credibilità razionale, mediante il criterio della probabilità logica, il quale impone di verificare l'ipotesi alla luce degli elementi e delle caratteristiche del caso concreto. Con la conseguenza che, se si tratta di leggi universali in funzione esplicativa, si dovrà verificare di volta in volta l'impiegabilità in riferimento al singolo evento e all'evidenza disponibile; se si tratta di leggi statistiche sempre in prospettiva esplicativa, si dovrà escludere altresì l'esistenza di decorsi causali alternativi, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto; se infine si tratta di causalità omissiva, il criterio della percentuale probabilistica dovrà essere integrato con tutti gli elementi realmente idonei a modificarlo (età, sesso e condizioni di salute generale del paziente, stadio della patologia, tempestività dell'accertamento, tempistica in ordine all'attività diagnostica e terapeutica, ecc.)⁹. In una battuta, la giurisprudenza ha elaborato un modello probabilistico in chiave processuale.

⁹ Tale orientamento è inaugurato da Cass. 1957/1999, Stanzione (rel. Malagnino): il caso riguardava la morte di un soggetto per omessa diagnosi di infarto. Nella sentenza si afferma: «al riguardo va ricordato come in diverse pronunce di legittimità si sia affermato che sarebbe sufficiente in materia di colpa medica, ai fini dell'affermazione del nesso di causalità tra condotta ed evento letale, la sussistenza soltanto di "serie ed apprezzabili possibilità di successo" di quella che avrebbe dovuto essere la corretta opera del sanitario, tale, quindi "che la vita del paziente sarebbe stata probabilmente salvata". Tale condivisibile orientamento [...] non implica tuttavia l'obliterazione del fondamentale ed irrinunciabile principio di diritto, secondo il quale l'affermazione di responsabilità penale, con conseguente inflizione della pena, non può che riposare su un giudizio di certezza. Giudizio di certezza non vuol dire, naturalmente, giudizio fondato su elementi tali per cui chiunque, esaminandoli, non potrebbe che pervenire alla stessa conclusione. Quella che occorre infatti non è la certezza oggettiva (per sua natura difficile, se non impossibile a conseguirsi), ma la certezza processuale, vale a dire la certezza soggettiva del giudice basata sul suo libero convincimento e sostenuta da adeguata motivazione. Ne consegue che il giudice ben può pervenire all'affermazione di responsabilità anche sulla base di considerazioni di natura probabilistica, sempre però che queste ultime non vengano a costituire il risultato finale della valutazione da lui operata, come tale assunto a fondamento esclusivo dell'affermazione di responsabilità, ma rappresentino soltanto il passaggio logico mediante il quale egli, per esclusione, perviene al giudizio di soggettiva certezza in ordine alla detta responsabilità, nulla rilevando poi che detto giudizio possa non essere condiviso da tutti. Diversamente opinando, a ben vedere, si finirebbe per far riposare l'affermazione di responsabilità, sotto il profilo del nesso causale, su un dato meramente statistico, inammissibilmente assunto come sostitutivo di quello della certezza giuridica». È ripreso da Cass. 22568/2002, Orlando (rel. Brusco): «il giudice dovrà sempre fare ricorso, in esito al giudizio controfattuale compiuto in base alle leggi scientifiche di copertura, ad una valutazione di tipo probabilistico logico, e quindi non soltanto statistico o meramente probabilistico, pervenendo ad affermare l'esistenza del nesso di condizionamento non solo in caso di certezza, vera o presunta, ma altresì nei casi in cui questa conclusione sia assistita da un elevato grado di credibilità razionale [...] il giudice deve quindi abbandonare l'illusione di poter ricavare deduttivamente la conclusione sull'esistenza del rapporto di causalità da una legge scientifica (anche se di carat-

La sentenza Franzese non può non essere apprezzata, trattandosi di una sentenza storica, per certi aspetti rivoluzionaria, in alcuni suoi tratti forse addirittura giuridicamente geniale. Non solo ha permesso di uscire

tere universale!) che riproduca in laboratorio la sua ipotesi di ricostruzione dell'evento e dovrà fare ricorso, sempre, alla ricerca induttiva verificando l'applicabilità delle leggi scientifiche eventualmente esistenti alle caratteristiche del caso concreto portato al suo esame; tenendo in considerazione tutti gli specifici fattori presenti e quelli interagenti e pervenendo quindi ad un giudizio di elevata credibilità razionale, secondo i criteri di valutazione della prova previsti per tutti gli elementi costitutivi del reato; utilizzando anche i criteri di probabilità statistica, ma tenendo ben presente che si tratta di criteri strumentali al fine di pervenire a un giudizio di probabilità logica la cui credibilità razionale si riassume, conclusivamente, nella formula che l'evento specifico *hic et nunc* prodottosi può essere casualmente ricollegato alla condotta dell'agente "al di là di ogni ragionevole dubbio". È compiutamente elaborato da Cass. SS.UU. 30328/2002, Franzese (rel. Canzio): «lo stesso modello condizionalistico orientato secondo leggi scientifiche sottintende il distacco da una spiegazione di tipo puramente deduttivo che implicherebbe un'impossibile conoscenza di tutti gli antecedenti sinergicamente inseriti nella catena causale [...]. E poiché il giudice non può conoscere tutte le fasi intermedie attraverso le quali la causa produce il suo effetto, né procedere ad una spiegazione fondata su una serie continua di eventi, l'ipotesi ricostruttiva potrà essere riconosciuta fondata soltanto con una quantità di precisazioni e purché sia ragionevolmente da escludere l'intervento di un diverso ed alternativo decorso causale. Di talché, ove si ripudiasse la natura preminentemente induttiva dell'accertamento in giudizio e si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico deduttivo secondo i criteri di utopistica "certezza assoluta", si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale in settori nevralgici per la tutela di beni primari. Tutto ciò significa che il giudice, pur dovendo accertare *ex post*, inferendo dalle suddette generalizzazioni causali e sulla base dell'intera evidenza probatoria disponibile, che la condotta dell'agente "è" (non "può essere") condizione necessaria del singolo evento lesivo, è impegnato nell'operazione ermeneutica alla stregua dei canoni di "certezza processuale", conducenti conclusivamente, all'esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo, ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da "alto grado di credibilità razionale" o "conferma" dell'ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare: giudizio enunciato dalla giurisprudenza anche in termini di "elevata probabilità logica" o "probabilità prossima alla – confinante con la certezza" [...]. In definitiva, con il termine "alta o elevata credibilità razionale" dell'accertamento giudiziale non s'intende fare riferimento al parametro nomologico utilizzato per la copertura della spiegazione indicante una mera relazione quantitativa entro generi di eventi ripetibili e inerente come tale alla struttura interna del rapporto di causalità, bensì ai profili inferenziali della verifica probatoria di quel nesso rispetto all'evidenza disponibile e alle circostanze del caso concreto: non essendo consentito dedurre automaticamente – e proporzionalmente dal coefficiente di probabilità statistica espresso dalla legge la conferma dell'ipotesi sull'esistenza del rapporto di causalità». A tale orientamento, tra le tante, appartengono: Cass. 22187/2008, Politi (rel. Bricchetti); Cass. 19527/2008, Aloia (rel. Piccialli); Cass. 37614/2007, Amodei (rel. Campanato); Cass. 19334/2007, Rossetto (rel. Foti); Cass. 16995/2006, Luzzi (rel. Foti); Cass. 16991/2006, Mastropasqua (rel. Marini). Cass. 12894/2006, Vescio (rel. Piccialli). Cass. 30804/2004, Lamari (rel. Koverech). Di particolare interesse, anche al fine di un ulteriore sviluppo e di una più chiara precisazione del concetto di certezza processuale: Cass. 22513/2007, Tarricone (rel. Marini); Cass. 21597/2007, Pecchioli (rel. Blaiotta); Cass. 21588/2007, Margani (rel. Blaiotta); Cass. 25233/2005, Lucarelli (rel. Romis); Cass. 17386/2003, Cardillo (rel. Brusco); Cass. 38334/2002, Albissini (rel. Romis).

da una sorta di *impasse* decisamente sterile dal punto di vista argomentativo. Ma soprattutto è stata suggerita da uno spirito di fondo indispensabile per chi opera con il diritto: spirito dialettico, dialogico, flessibile, capace di farsi carico delle diverse esigenze espresse dagli orientamenti contrastanti, raggiungendo così una soluzione di sapiente equilibrio. Non solo, ma il concetto di certezza processuale che essa ha elaborato finisce per essere nella sostanza un concetto normo-valutativo, basato appunto su un controllo di razionalità logico-argomentativo, e quindi il merito della sentenza Franzese sta proprio nell'aver saputo delineare un concetto normativo di certezza dell'imputazione.

Tuttavia la sentenza Franzese ha aperto alcune questioni problematiche. In particolare, a mio avviso, vi sono due punti davvero decisivi, che devono essere chiariti. Il primo: questa verifica *ex post* diretta alla certezza cosiddetta processuale mediante la probabilità logica gioca un ruolo a livello sostanziale, soppiantando e/o integrando il paradigma esplicativo nomologico-deduttivo o quello predittivo prognostico-induttivo (a seconda che si tratti di decorso reale oppure ipotetico) oppure questa verifica *ex post* gioca un ruolo su un piano distinto, a livello processuale, appunto, che si aggiunge agli altri concetti di certezza prima delineati? Detto in altri termini, rispetto alla causalità attiva e a quella omissiva si deve prima raggiungere una certezza sostanziale rispettivamente assoluta o normativamente razionale, e poi una certezza processuale nella verifica dell'ipotesi alla luce delle circostanze concrete, oppure in entrambi i casi (causalità attiva e omissiva) tutto si risolve nella certezza processuale?

Per rispondere a questa domanda, occorre distinguere tra azione (decorso reale) ed omissione (decorso ipotetico). Ed infatti, rispetto all'omissione, se da un punto di vista meramente concettuale, parlare di sostituzione può generare qualche perplessità, venendosi a confondere la certezza che attiene al diritto sostanziale con quella che attiene al diritto processuale e a questioni probatorie, tuttavia tale sostituzione può avere una sua plausibilità, perché, pur essendo il diritto sostanziale e quello processuale disciplinati da principi che come vedremo sono assolutamente diversi, tuttavia la certezza dell'omissione è normativa, e quindi nella sostanza strutturalmente identica alla certezza cosiddetta processuale relativa alla prova: in entrambi i casi il paradigma di riferimento è induttivo, quindi in entrambi i casi non avrebbe senso parlare di certezza assoluta, quindi in entrambi i casi il parametro di verifica è offerto dalla razionalità logico argomentativa. In sostanza, la certezza processuale e il criterio della probabilità logica sembrano poter giocare un ruolo già sul piano sostanziale in quanto esprimono un giudizio normativo del tutto compatibile con la struttura ipotetica e normativa dell'omissione e della colpa e quindi comportano un controllo basato sulla coerenza logico-argomentativa e non sulla spiegazione scientifica.

In ordine all'azione (decorso reale), invece, mi pare difficile procedere a una sostituzione della spiegazione nomologica con la probabilità logica, in quanto rispetto a ciò che si è effettivamente verificato, c'è da ritenere che la spiegazione debba essere data in termini di certezza empiricamente fondata, che non può che essere assoluta, violandosi altrimenti il principio della personalità della responsabilità. Ed infatti, la certezza assoluta, oltre ad attenere ancora una volta al diritto sostanziale, presenta per l'appunto una struttura diversa da quella processuale: mentre quest'ultima è sempre e comunque normativa, proprio perché si tratta di provare *al di là di ogni ragionevole dubbio* fatti nella sostanza empiricamente irripetibili, al contrario la certezza sostanziale relativa al decorso reale ha una struttura empirico-naturalistica strettamente connessa con la prospettiva esplicativa *ex post*. E si badi, affermare che rispetto all'azione è necessaria una certezza esplicativa tendenzialmente assoluta non significa che si possono utilizzare le sole leggi universali, ma non significa nemmeno che è sufficiente escludere i decorsi alternativi per potersi affermare l'esistenza del nesso: significa piuttosto che si possono utilizzare le leggi statistiche attraverso il correttivo della esclusione dei decorsi causali alternativi nel presupposto (scientifico e sostanziale) che si conoscano tutte le cause possibile, che cioè la somma – per così dire – delle leggi statistiche sia pari a cento. In sostanza, non è possibile escludere ciò che non è certo, e quindi imputare in presenza di un margine di incertezza significa violare il principio di personalità della responsabilità penale. Così, ad esempio, ci si potrà basare su una legge del 30% se si è in grado di escludere l'altro 70%. Se invece ci si basa su una legge del 30%, e si è in grado di escludere il 50% di un decorso alternativo, ma residua un 20% ignoto, mi pare difficile poter imputare l'evento, pena la violazione del principio di personalità della responsabilità penale. Detto diversamente, quando si è in presenza di un decorso reale, l'ipotesi generale deve essere spiegata e quindi conosciuta.

Secondo profilo da chiarire: rispetto all'omissione, al fine di compiere un reale ed effettivo controllo di razionalità nella ricostruzione del giudizio probabilistico, è sufficiente procedere a una precisazione della percentuale probabilistica alla luce del caso concreto oppure occorre compiere un'attività ulteriore, che consenta di vagliare in termini ancor più razionali l'ipotesi percentualistica? Ebbene, se, da un lato, la «concretizzazione» appare un primo passaggio di grande rilievo, dall'altro lato, però, non c'è dubbio che l'attendibilità dell'ipotesi al caso concreto sia da vagliare non solo precisandola, ma anche verificando l'esistenza o meno di fattori neutralizzanti il comportamento alternativo lecito in ordine alla sua efficacia come anche rispetto alla sua possibilità di adottarlo: in sostanza, non pare sufficiente verificare se e come l'età del paziente, lo stadio della patologia ecc. influiscono sul dato percentualistico, risultando necessario vagliare anche l'esistenza di eventuali fattori che avrebbero

reso probabilmente inutile o addirittura pernicioso la condotta dovuta oppure la presenza di circostanze che avrebbero impedito al medico di adottare il comportamento dovuto.

Se quanto detto è vero, si può allora concludere che anche l'ultimo concetto di certezza cosiddetta processuale elaborato dalla giurisprudenza non è ancora del tutto appagante. Suo grande merito è quello di aver intuito che ogni accertamento sia esso esplicativo oppure predittivo necessita di due fasi: formulazione dell'ipotesi e sua verifica. Tuttavia, non è ancora sufficiente. Ecco allora che una strada percorribile, basata oltretutto proprio sulla distinzione tra decorso reale e decorso ipotetico elaborata dalla giurisprudenza, potrebbe essere la seguente: da un lato, superare il limite degli orientamenti unitari, e quindi differenziare sul piano del diritto penale sostanziale tra certezza della causalità attiva e certezza della causalità omissiva; dall'altro lato, integrare i concetti di certezza assoluta della causalità attiva e di certezza normativa della causalità omissiva con quello di certezza processuale. E alla luce di quanto appena detto, si può concludere così¹⁰: nelle ipotesi di causalità attiva o comunque di componenti naturalistiche (decorso causale reale), si ha una prima fase in cui si elabora l'ipotesi del decorso causale, rispetto alla quale vige il principio di personalità della responsabilità penale e si pone un'esigenza di certezza sostanziale empirico-naturalistica assoluta che può essere soddisfatta soltanto attraverso un modello nomologico-deduttivo a base scientifica diretto alla spiegazione degli eventi; a questa fase, segue un'altra, a carattere processuale, rispetto alla quale vige il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio e si pone un'esigenza di certezza normativa di alta credibilità razionale soddisfatta mediante la probabilità logica. Fase, quest'ultima, che: in presenza di leggi universali esaurirà il suo ruolo su un piano meramente processuale, perché venendosi a contrapporre due diverse ipotesi di decor-

¹⁰ Spunti interessanti nel senso del testo si trovano in Cass. 10929/1998, Casaccio (rel. Colarusso), dove si afferma che «la Corte di appello è caduta nel primo errore confondendo il giudizio probabilistico attinente alla verifica dell'evento (azione doverosa – probabilità di evitare l'evento) con il giudizio sulla sussistenza del nesso causale che non può essere probabile, ma che, invece, nei reati omissivi come in ogni altro reato, deve essere sempre raggiunto con il requisito della certezza. Il rapporto eziologico tra omissione ed evento deve essere sempre certo poiché in termini probabilistici può essere impostato il solo ragionamento ipotetico (quello, cioè, che ipotizza la condotta doverosa (se ... allora probabilmente non ...) ma, una volta che si parta dall'evento realmente verificatosi, questo deve necessariamente riconnettersi causalmente all'omissione (non più ipotetica, tanto che è dedotta in imputazione) con giudizio di certezza: il giudice deve, a questo punto, analizzare la causa dell'evento ed individuarla con certezza nell'omissione. In buona sostanza non è lecito confondere la causazione in termini probabilistici con la possibilità di attribuire ad un evento una causa meramente probabile o vaga o incerta anziché doverosamente certa oppure non concludere in termini di certezza l'indagine causale. Ed infatti, altro è, sul piano logico, dire che la (ipotetica) condotta X avrebbe probabilmente evitato l'evento, altro è affermare che la causa dell'evento risiede probabilmente nella condotta Y».

so causale ricostruite in una prospettiva *ex post*, il giudice dovrà procedere alla prova dell'esistenza dell'uno o dell'altro decorso; in presenza di leggi statistiche l'esclusione del decorso causale alternativo giocherà sul piano processuale, ma con ricadute sostanziali, perché consentirà di soddisfare quelle esigenze di certezza assoluta espresse dal decorso reale, nel presupposto, sempre sostanziale, della conoscenza di tutte le cause possibili. Anche nell'ipotesi di causalità omissiva o comunque di componenti normative (decorso causale ipotetico), si possono distinguere due fasi: una, volta a individuare in astratto il comportamento dovuto; l'altra, diretta invece a conseguire una certezza sostanziale normo-valutativa che può essere soddisfatta attraverso un controllo di razionalità-ragionevolezza del giudizio prognostico, il quale passa attraverso la concretizzazione della percentuale probabilistica, nonché dalla verifica di fattori invalidanti l'efficacia impeditiva o la stessa possibilità di adempiere. A queste due fasi, a rigore, si deve poi aggiungere una terza fase a carattere processuale, volta a provare tutti gli elementi di fatto in cui si sostanzia la verifica dell'ipotesi.

6. *Le questioni a carattere specifico*

Anche alla luce di quanto detto fin qui, lo schema utilizzato dalla giurisprudenza per accertare la responsabilità colposa può essere scomposto in tre momenti: ricostruzione-spiegazione del decorso reale; individuazione del comportamento dovuto (colpa); valutazione in ordine alla reale efficacia impeditiva del comportamento dovuto (decorso causale ipotetico). Ed è proprio all'interno di questi tre diversi momenti che si possono cogliere le problematiche specifiche concernenti la responsabilità penale del medico.

7. *Il decorso causale reale. La descrizione dell'evento*

In particolare, seguendo la struttura dell'accertamento causale elaborato dalla giurisprudenza, per prima cosa la mia disamina si concentrerà sul decorso causale reale, vale a dire sulla catena causale effettivamente, storicamente verificatasi.

Anzitutto, occorre soffermarsi sul problema dell'individuazione del fattore più prossimo all'evento (causa, o meglio, condizione cosiddetta immediata). Sul punto si deve notare come nella stragrande maggioranza dei casi sia possibile individuare con certezza assoluta la *causa mortis*¹¹, mentre

¹¹ Tra le moltissime: Cass. 37093/2008, Temperi (rel. D'Isa): encefalopatia *post anossica*. Cass. 22192/2008, Santoro (rel. Pizzuti): sepsi da stafilococco con successiva co-

sono del tutto eccezionali i casi in cui si pone un problema di sicura individuazione dei fattori più prossimi all'evento¹². Così, ad esempio, nella giurisprudenza si trovano spesso descrizioni del seguente tenore: morte, morte dovuta a insufficienza epatica, insufficienza epatica dovuta a necrosi epatica massiva, necrosi dovuta a epatite B; oppure, morte, morte dovuta a setticemia, setticemia dovuta alla presenza di feci nell'organo X, presenza di feci dovuta a perforazione dell'intestino connessa a peritonite.

Questione centrale attiene all'autopsia. Per la giurisprudenza, infatti, ai fini della ricostruzione-spiegazione del decorso causale reale l'accertamento autoptico non è indispensabile, potendosi ricavare la causa della morte an-

agulazione intravasale diffusa; Cass. 19527/2008, Aloia (rel. Piccialli): tromboembolia polmonare massiva, causata da estesa affezione flebotrombotica della piccola safena e delle vene superficiali della gamba sinistra; Cass. 10824/2008 Mennella (rel. Galbiati): adenocarcinoma ovario; Cass. 37614/2007, Amodei (rel. Campanato): carcinoma spinocellulare della portio uterina; Cass. 29220/2007, Pizzi (rel. Bricchetti): emorragia celebrale intraparenchimale spontanea determinata da gravi difetti di coagulazione connessi a leucemia; Cass. 29184/2007, Palombi (rel. (Bricchetti): emorragia originata da erosione di un vaso arterioso in sede di ulcera duodenale; Cass. 21597/2007, Pecchioli (rel. Blaiotta): insufficienza cardiorespiratoria dovuta a polmonite *ab ingestis*, dovuta a farmaco neurolettico; Cass. 19334/2007, Rossetto (rel. Foti): acuta insufficienza cardiocircolatoria in soggetto in stato di shock emorragico dovuto a emorragia a nappo; Cass. 4177/2007, Guarneri (rel. Piccialli): scompenso cardiocircolatorio acuto a causa di shock settico; Cass. 40289/2006, Ciardini (rel. Campanato): arresto cardiaco a seguito di shock settico in corso di peritonite di ansa ileale; Cass. 41511/2005, Anemona (rel. Palmieri): shock settico dovuto a sofferenza generalizzata di tipo tossico coinvolgente diversi organi connessa a peritonite biliare; Cass. 9793/2001, Musto (rel. Battisti): coma depresso insorto a seguito dello shock cardiogeno da tamponamento cardiaco causato dal versamento di sangue nel pericardio, reso possibile dalla perforazione della parete e del seno coronarico causata dal catetere ivi immesso.

¹² Sul punto mi pare opportuno distinguere a seconda che si tratti di evento morte o di lesioni. Per quanto riguarda le ipotesi con evento morte, si veda Cass. 15221/2008, De Blasi (rel. Iannelli): parte comune: morte dovuta ad arresto cardiocircolatorio; accusa: mancata emotrasfusione; difesa: gravissima insufficienza epatica, insufficienza renale unitamente a insufficienza respiratoria da broncopolmonite; Corte: «non è possibile individuare la causa della morte, come confermato dalla relazione dei consulenti che fanno riferimento a una condizione di manifesta sofferenza poliorganica su base ipossica». In argomento si veda anche Cass. 16425/2007, Loizzo (rel. Brusco): parte comune: morte, acidosi metabolica; accusa: acidosi metabolica dovuta a preesistente acidosi non diagnosticata dai medici; difesa: acidosi metabolica dovuta a crisi asfittica conseguita alla inalazione di latte e succhi gastrici durante una poppata. La Corte conclude nel senso che «non è stata offerta la prova, al di là di ogni ragionevole dubbio, di nessuna delle due alternative». Si tratta però di un caso nella sostanza diverso da quello precedente, perché l'incertezza sembra essere più imputabile al piano processuale-probatorio che alla scienza. Nonché Cass. 43100/2005, Lecce (rel. Foti). Per quanto riguarda le lesioni, la spiegazione dell'evento si presenta a volte molto più problematica, e ciò non solo perché può trattarsi di un evento transeunte, ma anche perché, pure in presenza di una lesione permanente non è possibile procedere ad accertamenti (non necessari, ma assai efficaci là dove posti in essere) come quelli che caratterizzano l'evento morte; Cass. 37077/2008, Marazziti (rel. Piccialli); Cass. 35307/2008, Izzo (rel. Romis).

che induttivamente¹³. Si tratta di un profilo di estremo interesse anche perché consente di gettar ancor più luce sui rapporti soltanto accennati e non sempre chiari tra diritto penale sostanziale e diritto penale processuale.

A me pare che la conclusione a cui giunge la giurisprudenza sia più che plausibile, perché si basa, a ben vedere, sulla distinzione tra la causalità cosiddetta generale, vale a dire la ricostruzione-spiegazione del decorso reale operata in astratto in prospettiva *ex post*, la quale costituisce una mera ipotesi (non sul piano strutturale, ma su quello del modo complessivo di procedere in ordine all'accertamento di un fatto); e la causalità cosiddetta individuale, e cioè la verifica della ipotesi sul piano processuale, la quale è diretta ad accertare l'esistenza storica dei singoli fattori ipotizzati appartenenti alla causalità generale: e mentre rispetto all'ipotesi di causalità reale si pone un'esigenza di certezza in sostanza assoluta, la quale è soddisfatta mediante il ricorso a leggi scientifiche universali o statistiche capaci di fornire una spiegazione; rispetto alla causalità individuale non si pone invece un'esigenza di certezza assoluta, bensì un'esigenza di prova oltre ogni ragionevole dubbio, prova che può essere ottenuta mediante leggi, *rectius* prove scientifiche, ma anche e prevalentemente attraverso l'impiego di un ragionamento induttivo argomentativamente controllabile, essendo necessaria una prova che su-

¹³ Cass. 15221/2008, De Blasi (rel. Iannelli): in cui si afferma «la sussistenza del nesso di causalità può essere affermata o negata, oltre che sulla base di dati empirici o documentali di immediata evidenza, anche con ragionamento di deduzione logica purché fondato su elementi di innegabile spessore correttamente esaminati secondo le “*leges artis*”, sicché la diagnosi della “*causa mortis*” può essere effettuata pur in mancanza dell'esame autoptico». Tuttavia più oltre si precisa anche che «il mancato esame autoptico assume un rilievo non indifferente circa la formulazione in termini di certezza di una causa del decesso, non sussistendo altri elementi che in maniera preponderante, anche in assenza di un'indagine a volte risolutiva nel campo della colpa professionale, possano supplirvi»; Cass. 21588/2007, Margani (rel. Blaiotta): «la sentenza (di appello), facendo proprie le valutazioni del perito nominato in appello, giunge a ritenere con ragionamento che appare immune da vizi logici che, pur in assenza di autopsia, la causa della morte può essere individuata appunto nella SDR. Sulla base delle valutazioni peritali, vengono infatti razionalmente elencati gli indizi in tal senso costituiti dalla sintomatologia riscontrata, dalla somministrazione di salicilati, dalle alterazioni di alcuni valori ematici tipiche dell'affezione»; Cass. pen. 38334/2002, Albissini (rel. Romis); Cass. 5037/2001, Camposano (rel. Battisti): «se è innegabilmente certo quel che cade sotto i nostri sensi, quel che è sperimentabile ed è sperimentato, se è innegabile, dunque, che l'esame istologico e l'esame autoptico danno certezza, è altrettanto indubbio che il giudice, se deve dare pieno credito alla certezza scaturente da determinati dati sperimentali, non può non attribuire identica certezza – o, se si vuole, un elevato grado di probabilità o credibilità razionale – a dati che, se non hanno l'immediatezza, l'evidenza, dei primi, i quali, in qualche modo dettano la certezza, sono logicamente interpretabili come altrettanti parametri di verità o di certezza in quella direzione. In altri termini, oltre alla certezza fondata su dati empirici – si potrebbe dire, fondata su dati documentali – v'è la certezza fondata sulla deduzione, sulla logica, certezza non meno certa della prima, allorché gli elementi dai quali la deduzione muove, siano di innegabile spessore e siano esaminati correttamente secondo le *leges artis* del settore in questione»; Cass. 1957/1999, Stanzione (rel. Malagnino).

peri il ragionevole dubbio. Detto diversamente, da un'altra prospettiva, a me pare che le leggi scientifiche possano giocare su piani diversi: su quello sostanziale della ricostruzione dell'ipotesi della catena causale oppure su quello processuale della prova dei singoli fattori. Nel primo caso tali leggi sono necessarie perché svolgono una funzione esplicativa in sintonia con l'esigenza di certezza assoluta espressa dalla personalità della responsabilità penale. Nel secondo caso non sono necessarie, perché la prova al di là di ogni ragionevole dubbio può essere ottenuta anche mediante strumenti diversi dalle leggi scientifiche. Ecco allora che, formulata l'ipotesi mediante una ricostruzione-spiegazione *ex post*, la verifica può essere condotta con prove scientifiche (autopsia) ma anche mediante prove diverse che implicano un ragionamento induttivo.

Una volta individuata la causa immediata dell'evento, dalla disamina della giurisprudenza emerge un altro profilo decisamente interessante, e cioè come a volte non sia necessario andare ad individuare la patologia a monte che sta dietro questa causa, e come anzi tale indagine rischi di essere fuorviante. Si pensi al seguente caso: una donna muore per emorragia connessa a una leucemia fulminante. Si rimprovera al medico che ha effettuato gli esami del sangue, rilevando una grave piastrinopenia, di non aver avvertito tempestivamente il medico curante per indurlo a un immediato ricovero della paziente, il quale avrebbe consentito di fronteggiare un'eventuale emorragia¹⁴. Ebbene, appare evidente come in questa ipotesi non venga in gioco la patologia della leucemia, rispetto alla quale il medico analista nulla avrebbe potuto fare, ma soltanto il rischio emorragico. D'altra parte, è opportuno precisare che la causa a monte è del tutto irrilevante soltanto se ad essa non sono connessi decorsi causali alternativi a loro volta riconducibili a condotte umane diverse, poiché, se vi fosse tale connessione, non c'è dubbio che anche la causa a monte debba essere individuata¹⁵.

¹⁴ Cass. 29220/2007, Pizzi (rel. Bricchetti).

¹⁵ In questa prospettiva, non è del tutto condivisibile Cass. 21602/2007, Ventola (rel. Brusco). Il caso riguardava un bambino deceduto per insufficienza respiratoria. Al medico si rimproverava di aver affidato il bambino ai genitori per il trasporto in altra struttura senza l'ausilio di personale specializzato. Emergono due decorsi causali alternativi: secondo la sentenza di appello la morte era dovuta a «patologia di origine centrale»; per la difesa, invece, era dovuta a reflusso gastroesofageo con rigurgito di materiale alimentare (latte) riconducibile alle scorrette manovre rianimatorie eseguite presso il secondo presidio ospedaliero dove il bambino era stato trasportato dai genitori. La Corte afferma «il caso in esame si caratterizza non tanto per la necessità di individuare la causa a monte della crisi respiratoria che aveva colpito il bambino quanto per la necessità di individuare le condotte che avrebbero salvato la vita del piccolo paziente se poste in essere. Qualunque sia stata la causa che ha originato la crisi di apnea prolungata ciò che rileva è se esistesse un comportamento alternativo lecito idoneo a raggiungere un risultato positivo. Ad una diversa soluzione si potrebbe pervenire solo nel caso in cui le terapie idonee a fronteggiare queste crisi fossero diverse a seconda

7.1. *La convivenza del paradigma nomologico-deduttivo a base scientifica con il paradigma normativo della causalità umana*

Secondo profilo problematico. All'interno della giurisprudenza sulla responsabilità medica (e non solo), convivono da sempre il paradigma esplicativo nomologico-deduttivo a base scientifica e quello normativo della causalità umana, ragion per cui vi sono sentenze, e sono la maggioranza, in cui si fa riferimento alle leggi scientifiche, e vi sono sentenze, e sono la minoranza (ma il numero tende a incrementare), in cui si utilizza la formula della *condicio sine qua non* corretta attraverso una valutazione in ordine alla eccezionalità o meno di un fattore successivo avente capacità interruttiva del decorso.

È opportuno osservare che la formula della *condicio* viene utilizzata soprattutto in presenza di due condotte che si succedono nel tempo (si pensi al classico esempio di una lesione cagionata attraverso un incidente stradale a cui segue una condotta medica colposa consistente in un errore nel praticare una anestesia o una trasfusione)¹⁶ o comunque in presenza

della causa che le ha provocate: ma ciò non si è verificato nel caso in esame per come è stato incensurabilmente accertato dai secondi giudici». Ebbene, l'affermazione, di per sé giusta, non sembra attagliarsi tuttavia al caso concreto, visto che l'individuazione della causa a monte era indispensabile per capire se vi fossero o meno responsabilità da parte dei medici che sono intervenuti dopo l'intervento del primo medico, attraverso le condotte rianimatorie.

¹⁶ In termini più analitici, si possono distinguere tre ipotesi. Prima ipotesi: condotta non medica (dolosa o colposa) a cui segue condotta medica colposa: Cass. 41943/2006, Lestingi (rel. Campanato): incidente sul lavoro, ferita penetrante alla natica sinistra da parte di ferro arrugginito, mancata somministrazione antibiotico da parte dei medici, morte del paziente per ferita gangrenosa dell'arto inferiore destro. La Corte esclude l'interruzione; Cass. 11779/1997, Van Custem (rel. Merone): caduta dalla motocicletta per condizioni scivolose della strada, frattura, embolia adiposa non diagnosticata dai sanitari. La Corte esclude l'interruzione. Cass. 10815/1995 La Paglia (rel. Mabellini): accoltellamento, lesione lineare alla regione infrascapolare destra, compressione del torace da parte dei medici che impedisce la fuoriuscita di sangue, morte per insufficienza respiratoria da tamponamento polmonare per emotorace acuto e shock emorragico. La Corte esclude l'interruzione; Cass. 13832/1980, Brandino (rel. Fletzer): incidente stradale, lesioni all'occhio, morte per anestesia controindicata. La Corte esclude l'interruzione; Cass. 8278/1978, Bonadei (rel. Auriemma): ferita da arma da fuoco, infezione antitetanica, mancata iniezione di siero antitetanico, morte da tetano. La Corte esclude l'interruzione; Cass. 6870/1976, Nidini (rel. Pugliese P.): incidente stradale, frattura del femore, trasfusione di sangue, errore nella individuazione del gruppo sanguigno. La Corte afferma l'interruzione del nesso. Seconda ipotesi: condotta medica (colposa) a cui segue condotta medica, dove si possono distinguere due varianti ulteriori. Prima variante: condotta del secondo medico colposa: Cass. 21602/2007, Ventola (rel. Brusco): la Corte esclude l'interruzione. E per la verità con una argomentazione piuttosto forte. Il caso riguardava un bambino deceduto per insufficienza respiratoria. Al medico si rimproverava di aver affidato il bambino ai genitori per il trasporto in altra struttura senza l'ausilio di personale specializzato. Posto che non risultano del tutto chiare le cause della morte, la difesa del medico aveva adombrato la possibilità che la morte del bambino

di eventi che si pongono a una certa distanza di tempo rispetto alla condotta tipica (si pensi al caso in cui sempre a seguito di incidente stradale, un soggetto venga ricoverato in ospedale per alcuni mesi, trovandovi

fosse dovuta alle manovre di rianimazione poste in essere dai medici del secondo presidio ospedaliero dove il bambino era giunto con un'ennesima crisi. La Corte afferma «se quindi fosse anche vero che le conseguenze danno si sono verificate per il comportamento colposo dei sanitari di Ostia non per questo verrebbe meno, per il principio dell'equivalenza delle cause, il nesso di condizionamento con la condotta colposa del ricorrente che ha posto in essere una condizione necessaria dell'evento. Irrilevanti sono dunque le censure proposte sul punto dal ricorrente: anche ammessa la correttezza della valutazione di incongruità delle manovre rianimatorie eseguite presso l'ospedale di Ostia [...] non per questo verrebbe meno la possibilità di riferire, da un punto di vista oggettivo, l'evento alla sua condotta»; Cass. 21588/2007, Margani (rel. Blaiotta): la Corte esclude l'interruzione; Cass. 39637/2002, Amato (rel. Marzano): la Corte esclude l'interruzione; Cass. 8006/1999, Cattaneo (rel. Savino V.): la Corte esclude l'interruzione; Cass. 11444/1998, Bagnoli (rel. Savino V.): la Corte esclude l'interruzione. Cass. 11024/1998, Cerando (rel. Bardovagni). In argomento cfr. anche Cass. 47362/2005, Matteucci (rel. Licari): il caso riguardava un uomo raggiunto al volto da un colpo esplosivo da un commilitone, che decedeva per ritardata tracheotomia. Si tratta di un'ipotesi vista dalla prospettiva non del primo medico, come spesso avviene, ma del secondo medico, per cui il problema della responsabilità si pone nel senso che la negligenza del primo medico avrebbe escluso la responsabilità del secondo. Ciò sarebbe vero se al secondo medico si fosse presentata una situazione irreversibile. Tuttavia, dalla sentenza emerge che così non è stato, avendo invece il secondo medico agito con colpa, ritardando a sua volta di realizzare la tracheotomia. Afferma infatti la Corte: «il ruolo concausale della condotta colposamente attendista del medico rianimatore (primo medico) che si era occupato del ferito prima che subentrasse l'otorinolaringoiatra (secondo medico), non costituisce argomento decisivo per escludere la responsabilità di quest'ultimo, tenuto conto che i giudici di merito hanno persuasivamente spiegato che anche gli indugi frapposti colposamente dal dott. Matteucci (secondo medico) per arrivare nel luogo di ricovero del ferito e per decidere di eseguire la tracheotomia [...] hanno avuto un ruolo concorrente». Seconda variante: condotta del secondo medico diligente: Cass. 38464/2006, Montante (rel. Bianchi): dove si afferma che il ritardo nella diagnosi di una ischemia non aveva contribuito alla verifica dell'evento consistente nell'amputazione di un arto, resasi necessaria per una gangrena, in quanto era stato accertato che l'intervento di rivascolarizzazione dell'arto successivo al ritardo diagnostico aveva avuto esito positivo, con la conseguenza che l'insorgenza della gangrena era dovuta a cause non riconducibili né all'intervento, né al precedente ritardo diagnostico. Quindi l'intervento medico diligente interrompe il nesso. Tuttavia si veda anche Cass. 14130/2007, Pastorelli (rel. Piccialli): il caso riguardava una paziente affetta da una grave forma di diabete, ricoverata in ospedale dove le venivano somministrate dosi di insulina ben inferiori a quelle necessarie. A seguito di una prima crisi, la paziente veniva ricoverata nel reparto di rianimazione dove le veniva praticata una terapia insulinica che determinava un miglioramento. Tuttavia una volta uscita dalla rianimazione la paziente era colta da una nuova crisi e quindi decedeva. La Corte ritiene che l'intervento corretto in rianimazione non avesse interrotto il nesso, perché non era stato in grado di annullare gli effetti degli scompensi progressivi. Terza ipotesi: interrelazione tra condotta del paziente e condotta medica, dove si possono distinguere ulteriori varianti. Prima variante: ritardo di richieste di cure da parte del paziente: Cass. 10482/2000, Falvo (rel. Amato A.): il ritardo non interrompe il nesso; Cass. 1126/2000, Gulisano (rel. Marzano); Cass. 6613/1998 Barraco (rel. Merone). Seconda variante: rifiuto di cure o mancanza di collaborazione da parte del paziente: Cass. 16375/2008, Di Domenica (rel. Bianchi): il ri-

la morte a seguito di broncopolmonite)¹⁷. Non si tratta di un profilo da sottovalutare, visto che quando si è in presenza di più condotte o di un considerevole lasso di tempo tra condotta ed evento incrementa la componente valutativa del peso della responsabilità.

Il punto centrale che si deve chiarire non attiene tanto al criterio utilizzato per affermare o meno l'interruzione del nesso. Dopo un primo

fiuto esclude la responsabilità del medico; Cass. 38852/2005, Da Re (rel. Visconti): il rifiuto esclude la responsabilità del medico. Si veda anche Cass. 47145/2005, Sciortino (rel. Visconti): si tratta di un'ipotesi complessa e un po' particolare, perché il rifiuto di cure (amputazione di un arto in presenza di grave stato settico) segue a un errore medico precedente (omessa diagnosi di ischemia e intervento tempestivo di rivascolarizzazione): quindi non si è in presenza soltanto di un rifiuto di cure diligentemente prospettate, ma di un rifiuto di cure diligentemente prospettate, rispetto alle quali v'è tuttavia un errore medico precedente commesso da altro medico. Rispetto a quest'ultimo medico la Corte esclude la rilevanza del rifiuto di cure. A queste ipotesi sembra riconducibile anche Cass. 37992/2008, Ignone (rel. Romis): il caso riguardava un medico che dimetteva il paziente (medico) dall'ospedale con una diagnosi errata di broncopolmonite e con la prescrizione di una terapia antibiotica. Nei giorni successivi il paziente-medico si sottoponeva «privatamente» ad ulteriori esami diagnostici indicativi di alto grado di probabilità di embolia polmonare, che infatti cagionava dopo breve tempo la morte del soggetto. La Corte esclude che la condotta omissiva del paziente-medico possa considerarsi «interruttiva» del nesso, tuttavia non è chiaro se il paziente abbia avuto o meno una certa responsabilità, visto che dai fatti emerge come fosse stata fissata una nuova visita alla quale il paziente non si era sottoposto. Terza variante: mancanza di «controllo» da parte del medico sulle condotte del paziente: Cass. 34369/2004, Lo Presti (rel. Romis): il caso riguardava un soggetto (sessantacinquenne, iperteso, diabetico, obeso, forte fumatore, bevitore e portatore di insufficienza respiratoria cronica), che, ricoverato presso l'ospedale dopo l'asportazione di un tumore sottomandibolare, decedeva dopo essersi più volte alzato dal letto togliendosi la maschera dell'ossigeno ed aver fumato. La Corte esclude la responsabilità dei medici; Cass. 3628/1987, Rapisarda.

¹⁷ Cass. 6268/2008, Magnarelli (rel. Piccialli): il caso riguardava un soggetto che a seguito di un incidente stradale restava ricoverato per sei mesi in ospedale dove moriva per sindrome da insufficienza sistemica multiorgano secondaria o shock settico. La Corte esclude che la complicità possa costituire un fattore eccezionale: «alla luce di tali principi, del tutto corretta appare la valutazione operata dai giudici di merito nel caso in esame sulla non eccezionalità della complicità, direttamente riconducibile al trauma iniziale. In proposito la Corte di merito ha posto in evidenza che la situazione clinica del Luzi era fin dall'inizio estremamente critica per la estensione delle lesioni di natura fratturativa e traumatica, presentatesi a seguito dell'urto tra il motociclo e l'autovettura. L'evento morte – secondo tale condivisibile ricostruzione – era da ricondurre più specificamente ad una diffusione infettiva sistemica multiorgano secondaria a shock settico... complicità estremamente frequente in tutti i soggetti che presentano una prolungata insufficienza respiratoria che richiede ventilazione meccanica». Cass. 1214/2006, Boscherini (rel. Brusco): il caso era praticamente identico a quello precedente: un lavoratore che a seguito di un infortunio restava per mesi ricoverato in ospedale dove moriva per broncopolmonite massiva bilaterale. La Corte esclude che la complicità possa interrompere il nesso: «è sufficiente richiamare la sentenza di primo grado laddove viene evidenziato come la gravità delle lesioni abbia provocato l'allettamento prolungato dell'infortunato con la conseguente disventilazione polmonare che ha a sua volta provocato la broncopolmonite massiva bilaterale per concludere come appaia del tutto corretta la valutazione dei giudici di merito sulla non eccezionalità della complicità ed anzi come la medesima sia direttamente riconducibile al trauma iniziale».

momento in cui ci si è basati sull'idea che l'errore terapeutico non potesse mai essere considerato fattore eccezionale interruttivo¹⁸ (tuttavia, a rigore, non eccezionale è l'intervento terapeutico, mentre l'errore è da considerarsi tale), si è affermato il criterio fondato nella sostanza sulla distinzione tra azione e omissione, per cui se la condotta successiva è consistita in una omissione, non c'è interruzione, se invece si tratta di azione può esservi interruzione, distinzione a sua volta basata sulla introduzione o meno di nuovi rischi, nel senso che se l'intervento medico si inserisce nel rischio preesistente non si ha interruzione del nesso; se invece genera un rischio nuovo, si ha interruzione¹⁹.

¹⁸ Cass. 10815/1995, La Paglia (rel. Mabellini): «la colpa dei medici, anche se grave, non può ritenersi causa autonoma e indipendente rispetto al comportamento dell'agente che, provocando il fatto lesivo, ha reso necessario l'intervento dei sanitari. Tale intervento nei confronti di una persona lesa costituisce un fatto tipico e prevedibile e si inserisce perfettamente nella serie causale originata dall'azione offensiva, rispetto alla quale costituisce momento di normale evoluzione»; Cass. 3908/1993, Bevilacqua (rel. Elfante A.): «la negligenza o l'imperizia dei sanitari non esclude il rapporto di causalità tra la condotta lesiva dell'agente e l'evento morte, perché la colpa dei medici non può ritenersi del tutto indipendente, ossia causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento, rispetto al comportamento dell'agente, che, provocando il fatto lesivo, ha dato luogo al necessario intervento operatorio. La suddetta negligenza od imperizia, infatti, non è avvenimento eccezionale ed atipico rispetto alla serie causale precedente di cui costituisce anzi un normale sviluppo evolutivo»; Cass. 5923/1990, Lamanne (rel. Sabeone P.): «non integrano cause sopravvenute escludenti il rapporto di causalità, rispetto ad un fatto di lesione volontariamente prodotte dall'agente, le eventuali omissioni e colpe dei sanitari, gli errori diagnostici, le complicazioni operatorie e postoperatorie, così come lo stesso comportamento della vittima di rifiuto di cure e terapie»; Cass. 4291/1983, Di Martino (rel. Sabeone): «la negligenza o l'imperizia dei sanitari non esclude il rapporto di causalità tra la condotta lesiva dell'agente e l'evento morte, perché la colpa dei medici non può ritenersi completamente indipendente – ossia causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento – rispetto al comportamento dell'agente, che, provocando il fatto lesivo, ha dato luogo al necessario intervento operatorio; la negligenza o l'imperizia del sanitario non è infatti avvenimento eccezionale e atipico rispetto alla serie causale precedente di cui costituisce anzi un normale sviluppo evolutivo»; Cass. 13832/1980, Brandino (rel. Fletzer); Cass. 11188/1979, Mendola (rel. Marzano); Cass. 18/1967, Pardini (rel. Miglio). In argomento si veda anche Cass. 5943/1982, Callisti (rel. Miele), che individua nel dolo e nella colpa grave i fattori che possono interrompere il nesso: «in tema di lesioni colpose, la mancanza di cure appropriate, dovuta ai sanitari o alla stessa persona offesa, non può ricondursi nella sfera delle cause sopravvenute, di cui al secondo comma dell'art. 41 c.p., e, quindi, non interrompe il nesso di causalità tra la condotta dell'agente e l'aggravamento o il prolungamento della malattia da tale azione provocato. Perché si verifichi l'interruzione del nesso causale occorre che la inesatta diagnosi o la cura inadatta siano conseguenza di dolo o colpa grave del sanitario, il cui comportamento, quale causa autonoma e relativamente indipendente, assume funzione dominante nella produzione dell'evento».

¹⁹ Cass. 21588/2007, Margani (rel. Blaiotta), in cui si afferma che «l'errore interruttivo (del medico) può essere seriamente ipotizzato solo quando l'errore terapeutico crea un pericolo prima inesistente o conduce improvvisamente il rischio originario a conseguenze esorbitanti. Si pensi al caso di lesioni sicuramente lievi, banali, ed all'errore macroscopico del medico che produce invece un nuovo processo eziologico che si rivela mortale; oppure

Il punto centrale è se la causalità umana sia o meno conforme al principio sostanziale della personalità della responsabilità penale. Mentre infatti il paradigma esplicativo nomologico-deduttivo, proprio perché capace di fornire spiegazioni scientifiche al decorso causale, consente di soddisfare appieno l'esigenza di certezza assoluta posta dal diritto penale sostanziale rispetto al decorso reale, il paradigma normativo rischia di essere espressione di istanze meramente preventive o comunque non controllabili e controvertibili, proprio perché finisce per prescindere dalla spiegazione.

Per comprendere questo passaggio ci si deve soffermare brevemente sulla formula della *condicio sine qua non*. Anzitutto, occorre ribadire che, checché se ne dica, quando entrano in gioco le leggi scientifiche di spiegazione causale essa risulta del tutto soppiantata da queste ultime, e ciò per la semplice ragione che esaurito il procedimento *ex post* a ritroso non ha più senso formulare un giudizio ipotetico controfattuale, il quale non farebbe altro che ribadire la conclusione a cui si è giunti mediante l'impiego della spiegazione scientifica. Al contrario, là dove si fa riferimento alla causalità umana, la formula della *condicio* svolge un ruolo decisivo, ed eccoci al punto: quando si utilizza tale formula, come si compie la selezione dei fattori, sulla base delle leggi scientifiche oppure sulla base di altre considerazioni? E si badi, problematico non è tanto, come si potrebbe credere, il giudizio relativo alla eccezionalità o meno del fattore successivo, quanto piuttosto la selezione del primo frammento, e cioè della condotta tipica, sulla quale si concentra il problema della responsabilità, e ciò proprio perché la formula della *condicio sine qua non* è una formula che si basa su una prospettiva prognostica *ex ante* e non esplicativa *ex post*. Ebbene, se non si vuole violare il principio di personalità della responsabilità si deve ritenere che la prima condotta della cui responsabilità si discute debba essere selezionata sulla base della spiegazione scientifica, non residuando pertanto alcun margine per la formula della *condicio sine qua non*. Detto diversamente, il criterio della *condicio* dovrebbe intervenire come ulteriore correttivo rispetto a quello nomologico-esplicativo, ragion per cui, in presenza del decorso causale reale, preliminarmente si dovrebbe spiegare il decorso in termini scientifici e soltanto dopo tale operazione si potrebbero apportare eventuali correttivi, con la conseguenza che il paradigma normativo si innesterebbe su quello nomologico-deduttivo con funzione non sostitutiva, ma correttivo-integratrice nel senso del restringimento dell'ambito della responsabilità.

al caso dell'errore medico che sopravviene quando il pericolo per la vita era stato già vinto dalle precedenti cure»; Cass. 41943/2006, Lestingi (rel. Campanato): «mentre è possibile escludere il nesso di causa in situazioni di colpa commissiva, nel caso di omissioni di terapie che dovevano essere applicate per impedire le complicanze, l'errore del medico non può prescindere dall'evento che ha fatto sorgere la necessità della prestazione sanitaria, per cui la catena causale resta integrata»; Cass. 11779/1997, Van Custem (rel. Merone).

Ma è proprio qui che assume particolare interesse la giurisprudenza (anche) in campo medico, perché dalla sua disamina emerge non solo che quando si impiega la causalità umana la condotta iniziale viene selezionata a prescindere da un procedimento *ex post* (nessuna sentenza procede a ritroso facendo riferimento alle leggi scientifiche in funzione esplicativa), ma emerge anche che se a volte i risultati a cui si perviene sono coincidenti con quelli a cui si sarebbe approdati utilizzando il paradigma nomologico-deduttivo²⁰, altre volte sono invece decisamente diversi, affermandosi l'esistenza del nesso, quando invece l'impiego del paradigma nomologico-deduttivo avrebbe portato a negarlo²¹: così, ad esempio, la giurisprudenza non ha considerato interruttivo del nesso la condotta del medico che, a fronte di un'emorragia generata da una coltellata, comprime il torace impedendo la fuoriuscita di sangue e cagionando la morte per insufficienza respiratoria, affermando così la responsabilità di chi ha accoltellato; tuttavia, se si fosse proceduto sulla base di un paradigma rigorosamente nomologico deduttivo, non v'è alcun dubbio che responsabile della morte sarebbe stato soltanto il medico, visto che la causa della morte non è un arresto cardio-circolatorio, ma un arresto cardio-respiratorio riconducibile alla compressione del torace realizzata per l'appunto dal secondo medico. Parimenti, vero che una lunga degenza in ospedale si associa a volte a una patologia di broncopolmonite, è anche vero che non esiste alcun nesso scientificamente provato tra tale degenza e tale patologia, a meno che il trauma cagionato dalla prima condotta non abbia interessato il torace e gli organi della respirazione oppure abbia richiesto una ventilazione meccanica. Dovendosi tuttavia in tal caso essere in grado di escludere che si sia trattato di una broncopolmonite avente natura virale (esclusione, a dire il vero non facile, di un decorso causale alternativo).

In conclusione, sembrano non esistere margini per la *condicio sine qua non* ancorché corretta mediante valutazioni normative. O meglio, margini si potrebbero avere soltanto in una prospettiva *de iure condendo*, nel mo-

²⁰ Cass. 41943/2006, Lestingi (rel. Campanato): incidente sul lavoro, ferita penetrante alla natica sinistra da parte di ferro arrugginito, mancata somministrazione antibiotico da parte dei medici, morte del paziente per ferita gangrenosa dell'arto inferiore destro: la corte esclude l'interruzione; Cass. 11779/1997, Van Custem (rel. Merone): caduta dalla motocicletta per condizioni scivolose della strada, frattura, embolia adiposa non diagnosticata dai sanitari: la corte esclude l'interruzione; Cass. 6870/1976, Nidini (rel. Pugliese P.): incidente stradale, frattura del femore, trasfusione di sangue, errore nella individuazione del gruppo sanguigno: la Corte afferma l'interruzione del nesso.

²¹ Cass. 10815/1995 La Paglia (rel. Mabellini): accoltellamento, lesione lineare alla regione infrascapolare destra, compressione del torace da parte dei medici che impedisce la fuoriuscita di sangue, morte per insufficienza respiratoria da tamponamento polmonare per emotorace acuto e shock emorragico. La Corte esclude l'interruzione. Cass. 13832/1980, Brandino (rel. Fletzer): incidente stradale, lesioni all'occhio, morte per anestesia controindicata. La Corte esclude l'interruzione.

mento in cui si decidesse di consentire al giudice di compiere, in termini restrittivi, valutazioni ulteriori in ordine al «peso» della responsabilità.

7.2. *Le massime di esperienza*

Altro profilo problematico concernente il decorso causale reale attiene ai criteri: oltre alle leggi scientifiche universali e statistiche, la giurisprudenza fa esplicito riferimento alla possibilità di utilizzare anche massime di esperienza o comunque generalizzazioni del senso comune.

Non v'è alcun dubbio che dietro tale estensione si pone la necessità di non vincolarsi troppo al sapere scientifico e di lasciarsi – per così dire – alcuni margini di discrezionalità. Tuttavia, se si decide di adottare in termini rigorosi il paradigma esplicativo nomologico-deduttivo, non si può che escludere la possibilità di ricorrere a massime di esperienza, per la semplice ragione che non sono regole empirico-sperimentali, ma meramente osservativo-esperienziali, inidonee a fornire una spiegazione scientifica.

D'altra parte, ciò che mi preme sottolineare è come dietro all'espressione «massima di esperienza» o «norma di senso comune» si nasconda a ben vedere una realtà molto complessa e articolata, che necessita di essere scandagliata e precisata più in dettaglio, perché se, da un lato, vi sono ipotesi in cui le massime di esperienza vengono utilizzate come veri e propri criteri causalistici, suscitando così delle perplessità; altre volte, invece, e sembra essere la maggioranza dei casi, esse vengono impiegate in una prospettiva del tutto diversa e senza dubbio plausibile.

Ed infatti, sotto il primo profilo della non plausibilità, le massime di esperienza entrano in gioco con funzione pseudo esplicativa soprattutto quando si impiega il paradigma della causalità umana, visto che la selezione della (prima) condotta avviene in prospettiva *ex ante* proprio sulla base di regole meramente osservativo-esperienziali e di senso comune. E come abbiamo visto, sono molto alti i rischi di violare il principio della personalità della responsabilità penale.

D'altra parte, sotto il secondo profilo, quando la giurisprudenza fa riferimento alle massime di esperienza, si riferisce anche ad aspetti del tutto peculiari che non hanno nulla a che vedere con la spiegazione causale. A volte si tratta di «volgarizzazioni» o formulazioni sintetiche e semplificatrici di leggi scientifiche, del tutto compatibili quindi con l'esigenza di certezza assoluta che deve essere soddisfatta all'interno del decorso causale reale: così, ad esempio, v'è una legge scientifica dietro l'affermazione di senso comune che l'epatite A e B si trasmette «bevendo dallo stesso bicchiere». Altre volte, il ricorso ad autentiche massime di esperienza viene compiuto al fine di individuare il comportamento alternativo lecito, e quindi nella sostanza la regola cautelare, la cui violazione dà luogo a colpa: così, ad esempio, è imposta già dal senso comune un'attenta sor-

veglanza postoperatoria. Altre volte ancora ci si affida alle massime di esperienza per valutare l'efficacia impeditiva del comportamento dovuto, e quindi tali regole vengono in gioco all'interno del giudizio concernente il decorso causale (strutturalmente) ipotetico, dove – come abbiamo visto – non si pone un'esigenza di certezza assoluta, ma la necessità di un controllo di razionalità, se non addirittura di ragionevolezza: così, ad esempio, appartiene al senso comune che disinfettare una determinata ferita ha ottime probabilità di impedire un'infezione. Infine, le massime di esperienza vengono utilizzate su un piano meramente processuale, all'interno del ragionamento di probabilità logica orientato al risultato dell'alta credibilità razionale ai fini della verifica dell'esistenza probatoria di un determinato fattore della catena. Ed anche in questo caso esse mi sembrano legittimamente impiegabili.

7.3. L'esclusione dei decorsi causali alternativi

L'ultima questione relativa al decorso reale che deve essere affrontata attiene all'esclusione dei decorsi causali alternativi. Tre chiarimenti preliminari concernenti profili a volte confusi. Anzitutto, occorre distinguere tra decorsi causali reali e decorsi causali ipotetici. I primi sono alternativi rispetto allo stesso evento realmente verificatosi, i secondi riguardano nella sostanza un evento diverso, cronologicamente successivo²²: ebbene, il decorso alternativo deve essere reale, e quindi riferirsi allo stesso evento verificatosi e non ad eventi diversi che si sarebbero potuti verificare in un prossimo futuro. Non è quindi corretto dire che la responsabilità del medico è esclusa perché, nonostante la terapia, la morte del paziente si sarebbe verificata comunque alcune settimane dopo a seguito della patologia.

In secondo luogo, occorre distinguere tra decorsi causali alternativi e decorsi causali autonomi, notando come questi ultimi attengano in verità a problemi concernenti la descrizione dell'evento e l'individuazio-

²² Si veda Cass. 29318/2007, Scala (rel. Rotella), dove la difesa fa erroneamente valere il fatto che a causa di malformazioni accertate in sede di autopsia, c'era da ritenere che il feto non sarebbe sopravvissuto per un tempo apprezzabile. Si veda inoltre Cass. 10780/2000, Diele (rel. Losapio), dove correttamente si afferma che «va rilevato come il giudice di merito, basandosi su regole di esperienza acquisite al giudizio e fondate su dati scientifici forniti dalla pratica medica, è pervenuto alla convinzione che, se il prevenuto avesse agito con la dovuta diligenza, se cioè avesse ordinato l'emogasanalisi si sarebbe pervenuti a una tempestiva corretta diagnosi e al paziente sarebbero state apprestate quelle terapie idonee ad impedire il verificarsi dell'evento morte, da considerare come tale nel momento in cui si verificò e non con riferimento a quel che, poi, nei giorni o nei mesi o anni successivi, sarebbe potuto accadere. Su questo giudizio di condizionamento tra condotta ed evento non può influire la considerazione o supposizione che altri fattori letali sarebbero potuti intervenire».

ne della causa immediata: si pensi al caso in cui l'accusa prospetta uno scompenso cardio-circolatorio mentre per la difesa si tratta di un'insufficienza cardio-respiratoria²³. Detto diversamente, se la causa immediata è diversa, non ha senso parlare di decorsi causali alternativi, trattandosi piuttosto di decorsi autonomi.

Infine, si deve precisare che l'alternativa deve essere tra decorsi causali già in astratto scientificamente fondati²⁴, non potendosi fare riferimento a decorsi privi di un fondamento scientifico: così, ad esempio, rispetto alla contaminazione da epatite B non si potrà parlare di "contaminazione ambientale", visto che il virus si trasmette attraverso contatto ematico.

Ciò chiarito, dalla disamina della giurisprudenza emergono alcuni profili decisamente interessanti. Rispetto al decorso reale vengono quasi sempre in gioco spiegazioni fondate su leggi universali e quindi caratterizzate da una certezza nella sostanza assoluta. Quindi l'esclusione dei decorsi causali alternativi ha valenza meramente processuale, con tutto ciò che ne consegue sul piano della disciplina.

Il secondo profilo che mi preme mettere in evidenza è che la prova del decorso causale ipotizzato viene data prevalentemente in via – per così dire – indiretta, attribuendo cioè rilievo ad elementi fattuali ulteriori rispetto ai fattori che appartengono alla legge causale, elementi che, avendo un nesso con un fattore della catena casuale, consentono di ric-

²³ Cass. 30041/2006, Gungui (rel. Marini): dove secondo l'accusa la morte era dovuta a scompenso cardio-circolatorio determinato dalla lesione cranio-encefalica, la quale aveva cagionato, per comunicazione attraverso le cavità nasali ed i seni frontali, un focus necrotico infettivo, che aveva dato origine ad emboli micotici compromettenti, dapprima il quadro polmonare cardiaco, ed instauranti, successivamente, una situazione settica che aveva interessato tutti gli organi, sino a determinare la morte. Al contrario, per la difesa la morte era dovuta a insufficienza cardio-respiratoria acuta da broncospasmo serrato, imputabile ad una infezione polmonare non diagnosticata. La corte reputa corretta la seconda ricostruzione notando come non fossero stati riscontrati segni clinici di focolai infettivi a carico del sistema nervoso centrale ovvero versamenti di liquori provenienti dalla zona protetta delle meningi.

²⁴ Si veda in particolare Cass. 25233/2005, Lucarelli, (rel. Romis), dove si esclude come causa di epatite fulminante B una contaminazione ambientale essendo già in astratto scientificamente infondata. Sembra basarsi su decorsi causali già in astratto scientificamente infondati anche Cass. 10430/2004, Guida (rel. Piccialli): il caso riguardava il suicidio di una donna affetta da una patologia psichica; al medico si rimproverava di non aver fornito informazioni all'accompagnatrice sullo stato mentale della paziente e sui pregressi tentativi di suicidio della stessa. Afferma la Corte: «logicamente sostenibile è il conseguente giudizio di sussistenza del nesso causale posto alla base della decisione di condanna, avendo il giudicante fornito una motivazione immune da censure, siccome del resto basata su una considerazione fattuale incontrovertibile: l'autorizzazione all'uscita con l'affidamento alla volontaria aveva rappresentato la premessa imprescindibile per la realizzazione delle condizioni che avevano reso possibile il gesto suicidiario. Trattasi di un giudizio positivo sulla sussistenza della condotta colposa del prevenuto che non si appalesa affatto illogico».

vare induttivamente la prova dell'esistenza storica di quest'ultimo²⁵. Detto diversamente, la plausibilità di una determinata catena rispetto ad un'altra viene affermata facendo leva su determinati profili di fatto del tutto esterni alla catena causale ma ad essa connessi. Così ad esempio: parte

²⁵ Cass. 45126/2008 Ghisellini (rel. D'Isa): parte comune: sindrome della cauda equina; decorso accusa: compressione dei segmenti di midollo a livello L3-L4 dovuto alla condotta operatoria dell'imputato; decorso difesa: compressione dei segmenti di midollo a livello L1 dovuto a una sorta di ischemia che ha portato sangue al midollo e lo ha compresso; Corte: corretta la prima perché la Tac e la Rnm lombo sacrale effettuate d'urgenza subito dopo il risveglio evidenziarono una compressione ed un grosso edema proprio a livello L3 e L4, zona oggetto dell'operazione; Cass. 22192/2008, Santoro (rel. Pizzuti): parte comune: morte, coagulazione intravasale diffusa (CID); accusa: asparaginasi, vale a dire farmaco utilizzato nella cura della leucemia linfoblastica acuta; difesa: sepsi da stafilococco; Corte: corretta la prima perché la assunta univoca correlazione tra CID e stato settico era smentita dalla copiosa letteratura scientifica, prodotta nel giudizio di appello, secondo cui una delle complicanze dell'utilizzo dell'asparaginasi nella cura della leucemia linfoblastica acuta era proprio la CID e che la vittima, all'atto del decesso, presentava una grave compromissione pancreatica, per nulla riferibile alla sepsi ma univocamente riconducibile all'effetto iatrogeno dell'asparaginasi; Cass. 15282/2008, Vavassori (rel. Blaiotta): parte comune: morte, infarto intestinale; accusa: presenza nell'addome di telo laparotomico; difesa: grave anemia; Corte: corretta la prima in quanto sussiste una precisa informazione scientifica che nessuno ha confutato secondo cui è causa tipica del processo ischemico-infartuale riscontrato un processo flogistico al livello della vascolarizzazione delle anse intestinali come quello determinato dal telo relitto. Tale relazione è stata dimostrata nel caso concreto, attesa la connessione topografica tra la massa aderenziale e la sede cruciale dell'infarto intestinale; Cass. 840/2008, Brignoli (rel. Brusco): si tratta di un caso di morte dovuta a sovradosaggio di farmaci. Il problema che si pone è se dipenda da prescrizione medica, con conseguente responsabilità del curante oppure da ingestione da parte della paziente (suicidio), con conseguente irresponsabilità del medico. Sul piano scientifico della causalità generale entrambe le ipotesi risultano plausibili in virtù del ritrovamento di clormipramina (il principio attivo del farmaco) nel contenuto gastrico della vittima, tuttavia: secondo i periti d'ufficio il ritrovamento di questo principio attivo non comprova l'ingestione del farmaco per via orale per la contemporanea presenza, nello stomaco della paziente, di norclormipramina, un metabolita del principio attivo prodotto nel passaggio dal fegato allo stomaco, con la conseguenza che la presenza di clormipramina nello stomaco è spiegabile con l'ipotesi della diffusione *post mortem*. Al contrario, secondo il consulente tecnico dell'imputato, la maggior presenza nello stomaco della paziente rispetto al fegato, del principio attivo indica un passaggio dallo stomaco al fegato, mentre la presenza della norclormipramina da spiegarsi nei processi degenerativi postmortalità. Ebbene, la Corte ha notato come sul piano probatorio-processuale l'ingestione sia poco plausibile, perché da un lato la morte è conseguita a un processo degenerativo incompatibile con l'ingestione (la paziente aveva mostrato nei giorni precedenti alla morte un progressivo declino fisiologico), dall'altro lato, è stato provato che i farmaci venivano «gestiti» dalla figlia della paziente; Cass. 41835/2007, Villa (rel. Marini): parte comune: morte, peritonite, perforazione intestinale; accusa: toccatura da bisturi elettrico o compressione con strumenti chirurgici; difesa: apertura di un piccolo ascesso silente non visibile dal versante sieroso, originato dall'ingresso di germi provenienti dall'esterno nel periodo durante il quale la paziente era stata portatrice dell'ileostomia di protezione; Corte: facendo proprie le conclusioni dei periti, la Corte nota come la perforazione fosse stata localizzata durante il secondo intervento in una sede diversa da quella nella quale era avvenuto l'intervento chirurgico; Cass. 21597/2007, Pecchioli (rel. Blaiotta): parte comune: insuf-

comune del decorso causale, insufficienza cardio-respiratoria; per l'accusa la causa è polmonite *ab ingestis*; per la difesa si è trattato di embolia; secondo la Corte corretta è la ricostruzione dell'accusa perché l'embolia

ficienza cardio-respiratoria; accusa: polmonite *ab ingestis*; difesa: embolia; Corte: corretta la prima perché l'embolia è eventualità non compatibile con la sintomatologia rilevata, costituita da febbre elevata, rantoli diffusi ed infiltrati. Inoltre non sono stati rilevati segni di sovraccarico del cuore, mentre l'esame autoptico non ha evidenziato tracce di embolia nelle più fini diramazioni vascolari, né focolai trombolitici che potessero giustificare l'embolia; Cass. 19334/2007, Rossetto (rel. Foti): parte comune: morte, emorragia; accusa: emorragia a nappo a seguito di intervento chirurgico; difesa: emorragia addominale a seguito di pratiche rianimatorie; Corte: corretta la prima perché l'emorragia ha avuto andamento lento non compatibile con la rottura di un vaso addominale; Cass. 1025/2007, Caruso (rel. Bianchi): parte comune: lesioni; accusa: colpo di sonno per effetti collaterali di farmaco prescritto dal medico senza informarlo di possibili effetti collaterali; difesa: manovra di sorpasso spericolata; Corte: ritiene corretta la seconda osservando come se da un lato il farmaco più che un addormentarsi improvviso produce uno stato di sonnolenza ingravescente che procede fino a quando il soggetto perde il controllo della vettura, dall'altro lato, dagli atti emerge un comportamento di guida protratto nel tempo vigile e attento; Cass. 40289/2006, Ciardini (rel. Campanato): parte comune: morte, shock settico; accusa: trafittura o piccola perforazione dell'ansa ileale dovuta a errore medico; difesa: perforazione avente natura spontanea legata ad una predisposizione genetica; Corte: corretta la prima perché l'apparato gastroenterico era un punto di forza della vittima, per cui si deve ritenere che si sia verificato qualcosa durante l'intervento chirurgico; Cass. 10147/2006, Garavaglia (rel. Campanato): parte comune: morte per emopericardio con tamponamento cardiaco da rottura dei vasi coronari associata a rottura del cuore; accusa: perforazione del cuore; difesa: infarto spontaneo. Nel condividere la tesi dell'accusa, la Corte afferma: «la Corte (di Appello), spiega perché la tesi dell'accusa risulta provata dagli esami autoptici ed istologici e partendo dalla considerazione che è pacifica la lacerazione dell'arteria e della corrispondente vena mette in luce le ragioni per cui questa concomitanza milita a favore di una lesione traumatica, dovuta alla movimentazione della paziente con l'ago inserito. Prende quindi in esame il miocardio ed esclude che si sia trattato di un tamponamento cardiaco da rottura di aneurisma arteriosclerotico e pur non avendo riscontrato il foro nel cuore spiega le ragioni del convincimento che questo sia stato interessato da lesione perforante attraverso l'introduzione dell'ago che riuscì a giungere al cuore per una serie di circostanze: la magrezza della paziente, lo stato del polmone del tutto privo di aria, spostato verso l'alto e la posizione del cuore a ridosso del torace, senza più alcuna protezione»; Cass. 25233/2005, Lucarelli (rel. Romis): parte comune: epatite B; accusa: sottoposizione ad aferesi di cellule staminali o sottoposizione a trasfusione o contagio da parte di un'infermiera; difesa: sabotaggio; Corte: corretta l'ipotesi della difesa perché dalla mancata individuazione sia del veicolo del contagio, sia delle condotte e delle procedure scorrette che avevano concretamente trasmesso il virus, nonché dei soggetti operatori, deriva l'impossibilità di trarre utili elementi di valutazione in ordine all'accertamento della causa dell'evento; Cass. 35603/2003, Palladino; Cass. 22341/2003, Marinari; Cass. 38334/2002, Albissini (rel. Romis): il caso riguardava la morte di un soggetto per neoplasia polmonare a seguito di omessa precoce diagnosi della malattia da parte del medico curante. Tale soggetto era affetto da una pluralità di patologie (aneurisma dell'aorta addominale, broncopatia ostruttiva, diffuso enfisema ed una rilevante epatopatia). La Corte afferma «i giudici di merito non hanno mancato di considerare che il De Michele era affetto da altre patologie di indiscussa gravità: ma in risposta alle deduzioni, hanno escluso, basandosi anche in proposito sulle conclusioni dei periti del secondo collegio, che il decesso del De Michele potesse essere stato causato da taluna delle patologie diverse dalla neoplasia»; Cass. 11444/1998, Bagnoli (rel. Savino V.).

è eventualità non compatibile con la sintomatologia rilevata, costituita da febbre elevata, rantoli diffusi ed infiltrati. Inoltre, non sono stati rilevati segni di sovraccarico del cuore, mentre l'esame autoptico non ha evidenziato tracce di embolia nelle più fini diramazioni vascolari, né focolai trombolitici che potessero giustificare l'embolia.

Inoltre, un accenno alla multifattorialità – per così dire – sinergicamente cumulativa, vale a dire alle ipotesi in cui la condotta del medico non è direttamente connessa alla causa immediata dell'evento, ma determina un fattore che connesso alla causa immediata svolge una funzione – per così dire – corroborante: si pensi al caso in cui un soggetto muoia a seguito di candida, la quale viene ricondotta a un intervento chirurgico svolto in precedenza con imperizia, in considerazione del fatto che tale intervento avrebbe contribuito a debilitare il paziente agevolando così la patologia mortale. Ebbene, in queste ipotesi la tendenza della giurisprudenza è ad affermare l'esistenza del nesso²⁶. Tuttavia occorre notare come a rigore si debba distinguere tra le ipotesi in cui la sinergia è scientificamente fondata da quelle in cui essa si ricava da considerazioni meramente esperenziali, come tali incapaci di fornire una vera e propria spiegazione scientifica²⁷.

Infine, si deve notare come a volte la giurisprudenza si accontenti di esaminare la coerenza logica dell'argomentazione addotta per sostenere una determinata ricostruzione del decorso, senza tuttavia vagliare la scientificità, vale a dire l'idoneità esplicativa dell'ipotesi. Ed infatti, è logicamente ineccepibile l'idea che se un soggetto non fosse stato ricoverato per alcuni mesi in ospedale non avrebbe contratto una patologia di broncopolmonite. Tuttavia non lo è scientificamente: la connessione tra fattori causali (nel nostro esempio tra degenza e broncopolmonite) deve essere scientificamente spiegabile e quindi giustificata non in termini predittivi, ma esplicativi.

²⁶ Cass. 6268/2008, Magnarelli (rel. Piccialli): il caso riguardava un soggetto che a seguito di un incidente stradale restava ricoverato in ospedale per sei mesi trovandosi in morte per sindrome da insufficienza sistemica multiorgano secondaria o shock settico. Per l'accusa causa della morte è shock settico da gravissimo trauma encefalo midollare e toracicoaddominale chiuso con focolai broncopneumonici multipli confluenti da incidente stradale, complicità estremamente frequente in tutti i soggetti che presentano una prolungata insufficienza respiratoria che richiede ventilazione meccanica. Per la difesa, invece la morte è dovuta a infezione broncopolmonare acuta di origine virale. La Corte opta per la prima soluzione accettando l'idea della non eccezionalità della complicità. Si veda anche il caso analogo trattato in Cass. 1214/2006, Boscherini (rel. Brusco). Inoltre v. Cass. 15581/2006, Arrigo (rel. Iacopino): candida dovuta a debilitazione del paziente conseguente a più operazioni chirurgiche e a lunga degenza; Cass. 39062/2004, Picciurro (rel. Visconti): arresto cardiocircolatorio irreversibile da cirrosi epatica HCV, aggravata dalla assunzione di grandi quantità di analgesici, dovuta ai dolori derivanti dalla presenza di una pinza dimenticata nell'addome durante un precedente intervento chirurgico.

²⁷ Ebbene dei tre casi precedenti appare evidente come soltanto Cass. 39062/2004, Picciurro (rel. Visconti) giunga a una conclusione scientificamente fondata.

8. *La colpa. Le problematiche della contestazione generica e della mancanza di correlazione tra accusa e sentenza*

Passando ai profili della colpa, anzitutto occorre muovere da due problematiche che stanno a cavaliere tra il diritto penale sostanziale e quello processuale: da un lato, la genericità della contestazione; dall'altro, la correlazione tra imputazione e sentenza di condanna. Si tratta di due questioni che hanno un certo legame, ma che devono essere tenute distinte perché vi sono sottese esigenze in parte diverse.

Nella giurisprudenza di merito la genericità della contestazione è molto diffusa. Alla base v'è senza dubbio un'inclinazione preventiva dell'accusa assecondata spesso dagli organi giudicanti che intervengono nel procedimento, ma vi sono anche questioni attinenti al modo di intendere la colpa, la quale viene spesso concepita in termini non rigorosamente normativi, come modalità di condotta, essendo piuttosto connessa ai concetti di imprudenza, negligenza, imperizia o comunque di mera prevedibilità dell'evento. Gli effetti di una contestazione generica sono molteplici: senza dubbio impedisce all'imputato di difendersi, perché là dove manca l'individuazione di un comportamento specifico non si è in grado di affermare se il soggetto vi era tenuto, se il comportamento sarebbe stato efficace oppure possibile ecc. Inoltre, come vedremo, agevola decisioni di legittimità in cui non si censura la mancanza di corrispondenza tra accusa e sentenza.

Tuttavia, non si pensi che la contestazione generica giochi sempre a favore dell'accusa e a discapito della difesa. Spesso, infatti, sulla contestazione si dilunga parte del dibattimento, venendosi così ad agevolare la prescrizione del reato. Ed è anche a causa di ciò che, proprio al fine di non compromettere le statuizioni civili, in presenza di una causa di estinzione come per l'appunto la prescrizione, la giurisprudenza tende a restringere la possibilità di pronunciare l'assoluzione nel merito²⁸.

Per quanto riguarda la non corrispondenza tra imputazione e sentenza, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è nel senso di negare rilevanza al mutamento della regola cautelare nel corso del processo sia esso di primo o di secondo grado, notando anzi spesso come sia proprio la sentenza a contribuire alla precisazione della condotta contestata²⁹.

²⁸ Cass. 35307/2008, Izzo (rel. Romis): «deve essere pertanto dichiarata l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione. In presenza di detta causa estintiva del reato, è precluso alla Corte di Cassazione un riesame dei fatti finalizzato ad un eventuale annullamento della decisione per vizi attinenti alla sua motivazione. Il sindacato di legittimità ai fini dell'eventuale applicazione del secondo comma dell'art. 129 c.p.p. deve essere circoscritto all'accertamento della ricorrenza delle condizioni per addivenire ad una pronuncia di proscioglimento nel merito con una delle formule prescritte».

²⁹ Cass. 8613/2008, Di Masi (rel. Bricchetti): «mancata correlazione tra fatto contestato e sentenza si ha soltanto quando vi sia stata una imputazione tale da determina-

Quali sono le ragioni di questo rigore? A mio avviso, si è creata una sorta di incomunicabilità tra le istanze espresse dalla difesa e quelle del giudice di legittimità, che, come vedremo, si fa carico di alcune esigenze reali avvertite dai giudici di merito. E mi spiego. La difesa, al fine di esercitare in modo effettivo il proprio diritto, tende spesso a rilevare una non corrispondenza avendo come parametro di riferimento la contestazione intesa in senso rigorosamente formale come capo di imputazione. Tuttavia, tale parametro non viene mai seguito dal giudice di legittimità, o meglio viene seguito, ma nella sostanza per disattenderlo: facendo leva soprattutto sulla genericità della contestazione, tale giudice giunge infatti a ritenere che nel fascio delle condotte contestate è ricompreso anche il comportamento individuato dalla condanna. E la ragione di questo orientamento sembra risiedere nel fatto che il giudice di legittimità è ben consapevole di come, soprattutto in tema di responsabilità colposa, non sia possibile irrigidirsi sulla condotta contestata nel capo d'imputazione, anche là dove essa fosse specificamente individuata, in quanto la responsabilità per colpa si caratterizza per una intrinseca e connatura instabilità, essendo destinata a mutare a seconda di come muta la situazione di rischio, la quale è connessa ai cambiamenti della situazione di fatto che viene ricostruita proprio durante la fase istruttoria.

Ecco allora che al fine di ricostruire i presupposti per un dialogo, e per trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di difendersi dell'imputato che vengono compromesse attraverso una mancanza di correlazione e quelle di perseguire la responsabilità, pregiudicate da un eccessivo formalismo, forse è opportuno assumere come parametro non tanto la contestazione, e forse

re uno "stravolgimento" dell'imputazione originaria; quando cioè il fatto ritenuto in sentenza si trovi, rispetto a quello contestato, in rapporto di ontologica eterogeneità o incompatibilità, nel senso che si sia realizzata una vera e propria trasformazione, sostituzione o variazione dei contenuti essenziali dell'addebito»; Cass. 3003/2008, Panico (rel. Piccialli): «il principio di correlazione tra sentenza ed accusa contestata è violato soltanto quando il fatto ritenuto in sentenza si trovi rispetto a quello contestato in rapporto di eterogeneità o di incompatibilità sostanziale, nel senso che si sia realizzata una vera e propria trasformazione, sostituzione, variazione dei contenuti sostanziali dell'addebito. Tale principio non è invece violato quando nei fatti contestati e ritenuti si possa agevolmente individuare un nucleo comune e, in particolare, quando essi si trovano in rapporto di continenza»; Cass. 29318/2007, Scala (rel. Rotella); Cass. 24812/2007, Galletti (rel. Foti); Cass. 41511/2005, Anemona (rel. Palmieri): «deve rilevarsi come, con riferimento al principio di necessaria correlazione tra imputazione contestata e sentenza, per configurarsi una *mutatio libelli*, occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume la ipotesi astratta prevista per cui l'imputato viene privato della facoltà di compiutamente interloquire e di esplicitare una concreta azione defensionale in ordine a tutte le circostanze fattuali ritenute a suo carico. Tale non è il caso all'esame nel quale il capo di imputazione faceva riferimento alla colpa generica, sotto il profilo della negligenza, con esplicito richiamo ai doverosi, e non effettuati, controlli postoperatori; i giudici hanno dato un contenuto più specifico alla condotta omissiva la quale è stata precisata ed integrata con le risultanze emerse dall'esame dell'imputato»; Cass. 9793/2001, Musto (rel. Battisti).

nemmeno il fatto sul quale incombe la contestazione, quanto piuttosto la condotta o la porzione di fatto sul quale si è sviluppato il contraddittorio, dovendosi nella sostanza verificare che su determinate circostanze la difesa abbia avuto modo di esprimersi in termini effettivi³⁰. Con la conseguenza che soprattutto là dove v'è una discordanza tra la condotta della sentenza di primo grado e quella di secondo grado, e là dove nell'ambito di quest'ultimo giudizio non v'è stata rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, va da sé che si sarà in presenza di una violazione della correlazione.

Così, un esempio di mancanza di correlazione tra accusa e difesa potrebbe essere offerto dal seguente caso³¹: in primo grado si condanna un chirurgo per la richiesta non tempestiva dell'intervento di un ecocardiografista; in secondo grado, dato atto che la chiamata dell'ecocardiografista è avvenuta senza alcun ritardo, si condanna proprio perché si è chiamato l'ecocardiografista, ritenendo che si sarebbe dovuto provvedere direttamente a una radioscopia.

8.1. *La colpa specifica*

Per quanto riguarda la colpa dal punto di vista del diritto penale sostanziale, il primo profilo che si deve considerare attiene alle fonti. In ordine alle regole cautelari scritte, sembra opportuno distinguere tra attività medica in senso stretto, consistente in tutte quelle «pratiche» che hanno un rapporto – per così dire – immediato e diretto con il paziente, e attività medica «gestionale», consistente in quelle attività organizzative a supporto della precedente, dove la relazione con il paziente diviene nella sostanza indiretta. Rispetto al primo tipo di attività è rarissimo, anche se crescente, il riferimento a linee guida-protocolli o raccomandazioni³², le quali, tuttavia, non vengono quasi mai assunte dalla stessa

³⁰ Cass. 32424/2008, Sforzini (rel. Brusco): «perché possa ritenersi realizzata la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza occorre accertare non solo che si sia verificato uno scostamento tra la contestazione e il fatto ritenuto dal giudice, ma anche che non sia stato rispettato il diritto di difesa dell'imputato che non deve avere avuto in concreto la possibilità di difendersi dall'addebito ritenuto; diritto di difesa che deve invece ritenersi garantito se del fatto ritenuto in sentenza si sia trattato nelle varie fasi del processo ovvero sia stato lo stesso imputato ad evidenziare il fatto diverso quale elemento a sua discolta»; Cass. 5971/2006, Tranquilli (rel. Licari).

³¹ Cass. 9793/2001, Musto (Battisti). Si veda anche Cass. 29184/2007, Palombi (rel. Bricchetti), relativa alla morte di un paziente per emorragia originata dalla erosione di un vaso arterioso in sede di ulcera duodenale. In primo grado il medico viene assolto perché, essendo stato il paziente ricoverato come «gastroepatico», aveva somministrato i farmaci dovuti; in secondo grado viene condannato per non aver adeguatamente vigilato sulle condizioni del paziente.

³² Cass. 8615/2008, Mariotti (rel. Campanato); Cass. 26442/2007, Fierro (rel. Brusco); Cass. 19354/2007, Duce (rel. Piccialli); Cass. 17386/2005, Cardillo (rel. Brusco).

giurisprudenza come regole cautelari vincolanti³³, con la conseguenza che non appare possibile parlare di vera e propria colpa specifica (colpa per violazione di regole cautelari scritte) in campo medico.

Le ragioni di questa resistenza, non solo e non tanto a prevedere regole cautelari scritte, ma a considerarle vincolanti, sembrano risiedere in alcune particolarità dell'attività medica. Per comprendere questo assunto occorre muovere dalla premessa di portata generale che per la previsione scritta e vincolante di regole cautelari è necessaria una sorta di suscettibilità dell'attività alla standardizzazione, la quale si verifica in presenza di almeno uno dei seguenti caratteri: ripetibilità del rischio, nel senso che il rischio deve presentarsi all' esercente l'attività tendenzialmente identico; stabilità della regola cautelare, nel senso che la *lex artis* non risulta soggetta a mutamenti o evoluzioni; esigenza di certezza a causa della partecipazione all'attività di soggetti interagenti e portatori di interessi diversi. Così, nell'attività d'impresa sono pre-

Si veda anche Cass. 46364/2008, Tonso (rel. Petti), dove si rimprovera al medico di aver prescritto una radiografia senza rivolgere alla paziente alcuna domanda su un possibile stato di gravidanza come invece prescritto dall'art. 10, d.lgs. 187/2000.

³³ Nel senso della vincolatività si veda Cass. 24400/2006, Cardillo (rel. Iacopino): il caso riguardava la morte di un paziente trasportato al pronto soccorso a seguito di trauma cranico. Ai medici del pronto soccorso si contestava di non aver prescritto il trasporto del paziente in un centro attrezzato per far eseguire esami Tac. La Corte cassa la sentenza di condanna di appello affermando che «poiché sulla base delle dette linee guida, era suggerita solo l'osservazione clinica del paziente di grado zero, che nella specie era avvenuta, i giudici (di appello) avrebbero dovuto spiegare se vi sia stato un controllo delle condizioni del paziente adeguato alla situazione che si presentava ovvero se quest'ultima abbia cominciato con progressività nel corso del ricovero a presentare sintomi di carattere neurologico che hanno poi determinato il trasferimento all'ospedale di Catania per effettuare una Tac oppure se il manifestarsi di segni di sofferenza cerebrale sia sopravvenuto con repentinità, senza che alcun elemento prima lo evidenziasse»; Cass. 10795/2008, Pozzi (rel. Brusco), dove si afferma: «secondo il parere dei periti condiviso da entrambi i giudici di merito e fondato su autorevoli studi svolti anche a livello internazionale (nella sentenza di primo grado vengono riportate le linee guida dell'*American Psychiatric Association* che si esprimono in questo senso) la riduzione del farmaco neurolettico non si deve effettuare per percentuali superiori al venti per cento ogni volta e gli intervalli tra queste progressive riduzioni dovrebbero durare tra i tre e i sei mesi. Regole di cautela microscopicamente violate dall'imputato che ha ridotto già inizialmente la terapia della metà e l'ha poi sospesa integralmente dopo poco più di un mese senza quindi verificare gli effetti per un periodo di tempo adeguato [...] e senza intensificare le visite come richiesto dalle linee guida cui si è già accennato»; Cass. 26442/2007, Fierro (rel. Brusco): il caso riguardava un giovane che a seguito di un incidente stradale veniva sottoposto a intervento chirurgico per la riduzione delle fratture, ma decedeva a causa di emorragia gastrica *post* traumatica non diagnostica. Al medico si rimprovera di aver adottato una terapia medica di attesa e praticato una endoscopia in presenza di ragioni significative della necessità di un intervento chirurgico d'urgenza che avrebbe risolto il problema. La Corte non pone in discussione l'applicazione dei protocolli medici che prevedono inizialmente una terapia medica di attesa, ma sottolinea il ritardo dell'intervento chirurgico nel momento in cui la terapia di attesa e l'endoscopia si sono rivelati del tutto inefficaci.

sentì tutti e tre questi caratteri, e non è un caso che si tratti del settore più formalmente disciplinato rispetto al quale la colpa generica sembra trovare uno spazio più ridotto. La circolazione stradale, se da un lato non si caratterizza per rischi che si ripetono identici, lasciando così ampi margini alla colpa generica, dall'altro lato risulta tuttavia incline a una disciplina scritta nella parte in cui risulta estranea ad evoluzioni conoscitive e rivela un carattere – per così dire – ordinatorio-convenzionale, anche in virtù della sua natura interrelazionale. Nell'arte medica in senso stretto, invece, mancano del tutto questi caratteri: le situazioni di rischio variano costantemente (non esistono malattie, ma malati), con la conseguenza che l'attività deve adattarsi alle circostanze concrete sempre mutevoli; le regole comportamentali non hanno un carattere convenzionale e sono destinate a cambiare costantemente a seguito del progresso scientifico; si attenua un'esigenza di certezza perché tutti i soggetti che intervengono attivamente sono portatori del medesimo interesse orientato alla guarigione. A ciò si aggiunga un'ulteriore particolarità davvero interessante: la coesistenza, in genere, in un determinato contesto storico di più alternative di cura tutte scientificamente convalidate per una stessa identica malattia, il cui impiego finisce per dipendere dalle particolarità del caso concreto.

Ben diverso invece il discorso per l'altra attività che ho definito gestionale (ad esempio manutenzione e messa in sicurezza di macchinari; organizzazione di armadietti e carrelli contenenti medicinali o strumenti; conservazione di sostanze chimiche o biologiche), rispetto alla quale invece tornano a ripresentarsi tutti i caratteri di standardizzazione precedentemente esposti e quindi anche la possibilità di far valere regole cautelari scritte e vincolanti. E non è un caso, infatti, che proprio rispetto a questa attività la giurisprudenza finisca per fare riferimento a un'autentica colpa specifica: così, ad esempio, rispetto alla vicenda di un neonato prematuro, deceduto a causa delle ustioni e della ipertermia provocate dal malfunzionamento dell'incubatrice in cui era stato messo, ai fini della colpa si è fatto riferimento alla normativa CEI 62-22 del 1992³⁴.

³⁴ Cass. 15553/2008, Spinosa (rel. Iacopino). Si veda anche Cass. 17386/2005, Cardillo (rel. Brusco): il caso riguardava il decesso di una donna e del feto portato in grembo al settimo mese di gravidanza a causa di una insufficienza respiratoria acuta determinata da gravissima crisi asmatica con conseguente arresto cardiaco ed edema polmonare. Al medico del pronto soccorso si rimproverava di non avere eseguito l'intubazione in modo corretto e di non essere ricorso all'opera di medico anestesista rianimatore. All'amministratore unico e al direttore sanitario della clinica privata si rimproverava di non aver predisposto in modo adeguato il servizio di pronto ed assistito trasferimento dei pazienti verso strutture ospedaliere maggiormente attrezzate, come previsto dall'art. 7, d.pr. 27 marzo 1992 (atto di indirizzo e coordinamento alle regioni per la determinazione dei livelli di assistenza sanitaria di emergenza).

8.2. La colpa generica

Per quanto attiene alle fonti non scritte, occorre compiere una distinzione tra gli usi e la mera prevedibilità. I primi vengono in gioco nella maggior parte dei casi. Dietro v'è nella sostanza un sapere scientifico-esperienziale consolidato e diffuso. Il lato problematico di queste ipotesi sta nel fatto che, sotto il profilo della efficacia della regola cautelare, la giurisprudenza non si accontenta dello *standard* assodato nella prassi, ma tende a innalzare la pretesa, e ciò in tre ipotesi: quando il medico era a conoscenza di circostanze particolari, soprattutto precedenti anamnestici (es. precedenti parti difficili)³⁵; quando emerge l'esistenza di una *lex artis* elaborata successivamente in virtù di un progresso scientifico (si pensi alla elaborazione di una nuova tecnica operatoria)³⁶; infine, un innalzamento della pretesa si realizza in virtù di una considerazione – per così dire – del tutto politica, tendente alla individuazione di una regola cautelare capace non tanto di azzerare il rischio, ma di tenere il rischio completamente sotto controllo (si pensi alle ipotesi di macrosomia del feto, rispetto alle quali la giurisprudenza tende a rimproverare la mancata realizzazione di un parto cesareo elettivo)³⁷.

³⁵ Si veda Cass. 12932/2006, Esposito (rel. Onorato). Si tratta di un caso particolare, relativo alla morte di un bambina per polmonite virale connessa a deficienza del sistema immunitario a sua volta legata a lesioni neuronali cagionate cinque anni prima dalla omessa tempestiva diagnosi di una sofferenza fetale durante il parto. Posto che nella sentenza non si pone un problema di causalità, ma soltanto di colpa, al medico si rimproverava di aver effettuato un controllo del tracciato – per così dire – standard, quando invece avrebbe dovuto essere compiuto in termini più efficaci e ravvicinati nel tempo, perché i precedenti anamnestici della partoriente (precedente aborto e precedente parto con ventosa), dovevano indurre a una maggiore diligenza. Tuttavia la Corte nota che «il rischio di aborto era ormai cronologicamente superato e quello di applicazione della ventosa riguardava soltanto la fase ultima del parto: cosicché non esisteva alcun elemento che induceva al parto cesareo». In sostanza, non vi erano ragioni per elevare lo standard di pretesa.

³⁶ Cass. 45126/2008, Ghisellini (rel. D'Isa): a seguito di un intervento chirurgico consistente in «emilaminectomia» destra fra L3 e L4, asportazione di ernia dura, svuotamento del disco e liberazione della radice L4, il paziente riportava un deficit permanente della flessione dorsale del piede, dovuto a una compressione del midollo. La Corte afferma che nel caso di specie il profilo della condotta colposa è costituito nell'aver adottato una tecnica chirurgica per rimuovere l'ernia discale, di cui era affetto il paziente, «inadeguata per la presenza della stenosi lombare e di non aver quindi valutato il maggior rischio operatorio. Il medico avrebbe infatti operato con un approccio classico, cioè obsoleto, mentre in presenza di stenosi sarebbe stato più indicato un approccio diverso e cioè più laterale: si sarebbero cioè dovuti praticare una parziale artectomia, ampie flavectomia ed emilaminectomia per ridurre al minimo lo spatolamento della radice e del sacco durale per raggiungere il disco».

³⁷ Cass. 11969/2005, Caruso (rel. Calabrese), dove rispetto a sintomi riconducibili ad un infarto, nonostante la realizzazione di un elettrocardiogramma i cui dati avevano dato esito negativo per un guasto tecnico di trasmissione, si è ritenuto il medico responsabile per mancato ricovero ai fini dell'osservazione: «in merito a queste censure (non era neces-

Nella prima ipotesi si dà rilevanza a conoscenze – per così dire – superiori, relative però non tanto all'attività scientifica, ma alle circostanze concrete. E l'innalzamento della pretesa ha una sua plausibilità, perché la conoscenza, soprattutto se effettiva da parte del medico, di particolari circostanze non può che indurre a una maggiore diligenza. Anche la seconda ipotesi ha senza dubbio una sua plausibilità, aprendosi però il problema della misura soggettiva della colpa e quindi la questione della possibilità di conoscere da parte del medico la nuova regola comportamentale. La terza ipotesi suscita invece maggiori perplessità, non potendosi dimenticare che le regole cautelari elaborate dalla prassi costituiscono spesso un punto di equilibrio tra esigenze di tutela e valutazioni complessive di vario genere (organizzative, economiche, ma anche più profonde: si pensi all'idea della naturalità del parto nell'esempio di poc'anzi), come anche il frutto di un'esperienza, alla formazione della quale contribuiscono non soltanto le vicende con esito negativo, ma anche quelle con esito positivo.

A ben vedere, dietro la soluzione di questa terza ipotesi v'è una concezione della colpa ancora fortemente basata sulla mera prevedibilità dell'evento a prescindere dall'esistenza di norme di comportamento consolidate. E tuttavia far leva sulla mera prevedibilità in presenza di un sapere consolidato ha in sé il rischio di dilatare eccessivamente l'ambito della responsabilità penale, visto che, soprattutto in medicina, gli eventi sono alla fin fine sempre prevedibili. Ecco allora che, come si pone un problema di rapporto tra colpa specifica e colpa generica, così si pone anche un problema di rapporto tra colpa generica derivante dalla violazione di usi e colpa generica derivante da un giudizio di mera prevedibilità. E non ci pare del tutto fuori luogo affermare che quest'ultima residua soltanto in presenza di circostanze nuove che hanno reso il sapere consolidato inidoneo a fronteggiare un rischio nella sostanza incerto.

sario il ricovero) il collegio osserva anzitutto che la Corte territoriale non ha preso in considerazione la sola evenienza di un ricovero diretto e immediato in terapia intensiva. Preso atto del parere dei consulenti tecnici, per i quali questo tipo di ricovero non si impone in presenza di semplice sospetto di patologia cardiaca, ha considerato l'incidenza assolutamente positiva che, nel caso concreto, avrebbe avuto anche il semplice ricovero in osservazione (cardiologia)». Si v. anche Cass. 37093/2008, Tamperi (rel. D'Isa); Cass. 23507/2008, Martino (rel. Bianchi); Cass. 13942/2008, Coppola (Koverech); Cass. 11374/2006, Pecci (rel. Colombo), dove in presenza di macrosomia del feto, si è rimproverato al ginecologo che seguiva la gravidanza di non aver provveduto al parto cesareo elettivo. Sulla particolare funzione attribuita al parto cesareo elettivo si veda anche Cass. 44280/2005, Scarpa (rel. Marasca). Si v. inoltre Cass. 19506/2008 Malagnino (rel. Marini) e Cass. 39062/2004, Picciurro (rel. Visconti), dove il controllo della rimozione di garze e ferri è esteso all'intera équipe operatoria. Cass. 36590/2001, Minutolo (rel. Cicchetti), dove il medico, al quale erano ben presenti le risultanze di un esame cardiocografico, indicativo di una probabile sofferenza fetale, riscontrando un elemento rassicurante costituito dal movimento del feto, aveva rinviato il controllo al giorno successivo, invece di procedere all'immediato ricovero della paziente. Per un caso analogo, dove però è presente una sicura sofferenza fetale, Cass. 44155/2008 Notaro Sirianni (rel. Di Tomassi).

Ecco allora che l'impiego – per così dire – diretto della prevedibilità ha un senso soprattutto in presenza di un sapere incerto, quando cioè non si hanno ancora conoscenze scientifiche in ordine, ad esempio, al legame tra un certo prodotto farmaceutico e un evento collaterale lesivo³⁸, presentandosi così una situazione molto simile a quella che ha caratterizzato la responsabilità da amianto e più di recente la responsabilità da CVM.

Quid iuris: è possibile elaborare regole cautelari in presenza di un sapere incerto? Com'è ben noto, si tratta di una problematica particolarmente delicata e complessa, che non può essere affrontata in poche battute. Tuttavia mi siano concesse alcune brevi considerazioni. Ormai si vanno consolidando due orientamenti: per alcuni, avendo la colpa lo stesso paradigma della causalità, in presenza di un sapere incerto non si possono elaborare regole cautelari; per altri, invece, muovendo dall'idea opposta che causalità e colpa si basano su saperi diversi (scientifico, la prima; non solo scientifico, ma anche esperienziale, la seconda), il sapere incerto non è di ostacolo alla elaborazione di regole cautelari. Ebbene, quale che sia la soluzione che si adotta, una cosa è sicura: là dove le conoscenze scientifiche sono incerte, è senza dubbio difficile elaborare regole cautelari efficaci, perché un rischio può essere compiutamente dominabile soltanto quando si conoscono le dinamiche causali ad esso sottese. E quindi, anche ammettendo la possibilità in astratto di configurare regole cautelari in presenza di un sapere incerto, tuttavia in concreto vi sono ottime probabilità che esse siano destinate a rivelarsi in concreto inefficaci (com'è avvenuto in molti casi di responsabilità da amianto, dove l'impiego di tutta una serie di accorgimenti non sarebbe stato idoneo a fronteggiare il rischio). Vero tutto questo, tuttavia nell'ambito dell'attività medica, le cose sembrano stare in termini leggermente diversi, complice proprio il forte nesso che esiste tra tale attività e la scienza. Ed infatti, il costante monitoraggio, de-

³⁸ Cass. 46586/2004, Ardizzone (rel. Romis): il caso riguardava l'insorgenza di una patologia renale cronica in un paziente che aveva assunto un farmaco (l'Asacol) a base di mesalazina, dotato di effetti collaterali sull'apparato renale. Al medico si rimproverava di non aver prescritto i dovuti e periodici esami diretti a verificare la funzionalità renale. Nella sentenza la Corte afferma che «non appare invero di decisivo rilievo il grado di conoscenza e di diffusione nel mondo scientifico all'epoca dei fatti in questione, per quel che concerne la specifica nefrotossicità della “mesalazina” (e quindi dell'Asacol), pur non potendo sottacersi che una rivista a larga diffusione e di riconosciuto valore di informazione scientifica, quale la Lancet, aveva comunque già dato notizia di studi concernenti effetti nefrotossici del medicinale in argomento. Il dato particolarmente significativo, e sicuramente rilevante, è che già a quell'epoca il bugiardino allegato alla confezione del farmaco richiamava l'attenzione sulla funzionalità renale. Né il dottor Ardizzone può invocare a propria giustificazione la circostanza che solo a far tempo del 2000 con il “bugiardino” relativo al farmaco *de quo* è stato raccomandato il monitoraggio in corso di terapia, della funzionalità renale del paziente; giova ribadire che già la semplice avvertenza di un uso cauto del farmaco nei pazienti con danno renale ed epatico imponeva uno specifico e preventivo oltre che periodico controllo».

stinato a incrementare proprio in presenza di un sapere incerto (chi ha a che fare direttamente con la scienza sa che meno si conosce, più si deve stare in allerta), non può che agevolare la registrazione di effetti collaterali indesiderati; inoltre, è ben possibile elaborare regole cautelari senza dubbio efficaci, perché, da un lato, gli stessi effetti collaterali possono a loro volta essere contrastati mediante regole già esistenti e forgiate su un sapere certo, dall'altro lato è sempre possibile sospendere la terapia.

8.3. *Contenuto e scopo delle regole cautelari*

Un altro profilo decisamente interessante che emerge dalla disamina della giurisprudenza è che la regola cautelare non viene quasi mai concepita con un contenuto consistente nel dovere di astensione dall'esercizio della attività, ma come regola modale³⁹: così, ad esempio, durante una operazione non si vieta la permanenza di garze o ferri nel corpo del paziente, ma si pone la regola della conta finale di tali strumenti⁴⁰; durante una terapia farmacologica non si vieta la prescrizione *off label* del farmaco o la modifica del trattamento, ma si impone un monitoraggio particolarmente rigoroso⁴¹; durante una terapia farmacologica in ambito psichiatrico non si vieta di modificare il trattamento, ma si impone una diminuzione graduale per evitare scompensi psichici⁴².

Due ipotesi particolari attengono agli interventi chirurgici (siano essi ad alto rischio o a basso beneficio, aventi poi esito infausto) e ai tratta-

³⁹ Cass. 19354/2007, Duce (rel. Piccialli): in cui si afferma che «la colpa speciale o professionale è quella che riguarda le attività giuridicamente autorizzate perché socialmente utili, anche se per loro natura rischiose, ed è caratterizzata sia dalla inosservanza di regole di condotta – *leges artis* – scritte o non scritte, aventi per finalità la prevenzione non del rischio dall'ordinamento consentito, ma di un ulteriore rischio non consentito – dell'aumento del rischio – e per conseguente contenuto il dovere non di astenersi dalla attività, ma di adottare misure cautelari idonee ad evitare il superamento del rischio non consentito nell'esercizio dell'attività»; Cass. 2139/1997, Spina (rel. Battisti); Cass. 11007/1994, Archilei (rel. Battisti): «la colpa del medico, che è una delle cosiddette colpe speciali o professionali, proprie delle attività giuridicamente autorizzate perché socialmente utili anche se rischiose per loro natura, ha come caratteristica l'inosservanza di regole di condotta, le “*leges artis*”, che hanno per fine la prevenzione del rischio non consentito, vale a dire dell'aumento del rischio. La prevedibilità consiste nella possibilità di prevedere l'evento che conseguirebbe al rischio non consentito e deve essere commisurata al parametro del modello di agente, dell'«*homo eiusdem professionis et conditionis*», arricchito dalle eventuali maggiori conoscenze dell'agente concreto».

⁴⁰ Cass. 19506/2008 Malagnino (rel. Marini); Cass. 15282/2008, Vavassori (rel. Blaiotta); Cass. 22579/2005, Malinconico (rel. Visconti); Cass. 39062/2004, Picciurro (rel. Visconti).

⁴¹ Cass. 37077/2008, Marazziti (rel. Piccialli). Tuttavia, in termini meno possibilisti si veda Cass. 30057/2006, Talevi (rel. Marzano).

⁴² Cass. 10795/2008, Pozzi (rel. Brusco).

menti farmacologici⁴³. In particolare, per quanto riguarda gli interventi chirurgici, in ordine a quelli ad alto rischio, si potrebbe essere indotti a credere che la realizzazione di un intervento in assenza di cause di urgenza non sia ammissibile. Tuttavia, è proprio in assenza di situazioni di urgenza che questi interventi vengono svolti proprio al fine di prevenire eventuali complicanze che renderebbero il tutto ancor più difficilmente gestibile. In sostanza, imporre di astenersi significherebbe o permettere alla malattia di degenerare fino alla morte oppure alla situazione com-

⁴³ Cass. 33384/2008, Conti (rel. Piccialli), dove rispetto a un intervento di settoplastica con resezione dei turbinati, da cui erano conseguite ripetute epistassi per la durata di trenta giorni, si afferma che «la valutazione della colpa in tema di responsabilità medica non può prescindere dalla considerazione che la scelta degli interventi terapeutici, purché tecnicamente validi, ricade nella discrezionalità del medico, mentre non può pretendersi l'assoluta certezza dei risultati, in quanto la colpa nell'attività medica, intrinsecamente rischiosa, ma socialmente utile, è caratterizzata dall'inosservanza di regole di condotta che hanno per finalità la prevenzione non del rischio dall'ordinamento consentito, ma di quell'ulteriore rischio prevenibile mediante la fedele osservanza delle regole tecniche»; Cass. 41835/2007 Villa (rel. Marini): caso in cui si rimprovera ad alcuni medici di aver compiuto un secondo intervento operatorio della paziente già in condizioni generali gravemente scadute anche a seguito di un precedente intervento e in assenza di un quadro clinico adeguato a garantire il buon esito. La Corte nota come «il nuovo intervento non poteva che essere ritenuto adeguato, mentre sarebbe stato estremamente imprudente non intervenire, in quanto un atteggiamento attendista o addirittura inerte avrebbe certamente esposto la paziente a ben più gravi rischi»; Cass. 24859/2007, Comitini (rel. Marzano): contro quanto affermato nella sentenza di Appello, si nota che «assumendosi che l'intervento chirurgico non era affatto necessario ed urgente e che la sua tipologia era oltre il limite del rischio calcolato, essendo elevatissime le probabilità di eventi emolitici (dove un ritenuto obbligo di astensione da parte del sanitario), l'affermazione si appalesa apodittica e autoreferenziale, non chiarendosi affatto quale fosse lo stato di salute del paziente in dipendenza della patologia accertata, quali le sue ricadute sulla qualità della propria vita, quali le elevatissime probabilità di eventi emolitici». In buona sostanza la Corte nota come per affermare l'obbligo di astenersi da un intervento si debbano ponderare molto bene le condizioni del paziente; Cass. 19354/2007, Duce (rel. Piccialli): il caso riguardava una paziente che deceduta per trombosi intervenuta a livello della protesi meccanica mitralica a seguito di un intervento di colecistectomia. Al medico si rimproverava di aver eseguito l'intervento in assenza di cause di urgenza nei confronti della paziente ad alto rischio tromboembolico e di aver disposto la sospensione della terapia anticoagulante orale. La corte, nel confermare l'assoluzione dell'appello, ritiene che il medico avesse affrontato e risolto correttamente il problema del bilanciamento del rischio emorragico in soggetto sottoposto a terapia anticoagulante con quello tromboembolico derivante proprio dalla sospensione di quel trattamento: «le scelte terapeutiche adottate avevano la capacità di ridurre, ma certamente non di azzerare il rischio delle singole complicanze». Interessante anche Cass. 40289/2006, Ciardini (rel. Campanato): il caso riguardava la morte di una bambina nata prematura ed affetta da onfalocele acutizzato per shock settico in corso di peritonite conseguente a perforazione dell'ansa ileale, dovuta ad errore medico durante un intervento chirurgico volto per l'appunto ad asportare l'ernia ombelicale. La Corte nel confermare la sentenza di condanna, imputa al medico non solo di non avere utilizzato la necessaria diligenza durante l'intervento, ma anche di aver anticipato l'intervento chirurgico. Questa seconda imputazione rappresenta tuttavia una forzatura, perché la morte è riconducibile all'errore durante l'intervento e non all'intervento in sé.

plensiva di aggravarsi, con ulteriore incremento del rischio di esito infuosto quando si dovrà intervenire in emergenza. Per quanto riguarda gli interventi a basso beneficio, si potrebbe essere indotti a credere che proprio il rischio di una lesione ben maggiore rispetto all'eventuale beneficio debba indurre all'astensione. Tuttavia, si deve ritenere che l'attività medica, essendo di per sé lecita e socialmente utile, sia sempre ammissibile, purché esercitata nei limiti delle *leges artis*, con la conseguenza che ciò che non si tollera non è il rischio in sé, ancorché maggiore, ma quello realizzato violando le *leges artis*.

Sotto il secondo profilo dei trattamenti farmacologici e degli effetti collaterali, le regole cautelari che vengono in gioco sono il costante monitoraggio e l'eventuale sospensione del trattamento là dove l'effetto collaterale non sia fronteggiabile attraverso una diminuzione delle dosi⁴⁴. Quindi, anche in queste ipotesi emerge il carattere modale del comportamento dovuto, per cui nulla è di per sé interdetto, mentre tutto è ammissibile purché nel rispetto delle *leges artis*.

Un altro profilo interessante è che le regole cautelari possono consistere anche in una omissione⁴⁵: si pensi all'ipotesi in cui il medico infila due volte la cannula dell'anestesia nell'esofago del paziente anziché nella trachea o a quella in cui durante l'intervento recide per errore un'arteria ecc. Si tratta di un punto molto delicato, ma di estremo interesse. Ebbene, in tutte queste ipotesi la giurisprudenza tende a non individuare il contenuto del comportamento alternativo lecito, riscontrando una sorta di responsabilità *in re ipsa*. A ben vedere, si tratta di una conseguenza inevitabile dovuta proprio alla circostanza che alcune regole cautelari impongono un comportamento di astensione, che tuttavia non deve essere confuso con l'astensione dall'esercizio dell'attività, consistendo piuttosto nell'astensione da una particolare modalità: detto diversamente, lo svolgimento di una attività è sempre ammesso, ma il suo esercizio può essere vincolato alla realizzazione di comportamenti positivi di fare (e la colpa consisterà nella loro omissione), come anche negativi di non fare (e la colpa consisterà nella loro realizzazione). Ecco allora che in queste ipotesi finisce davvero per avere poco senso interrogarsi sulla eventuale efficacia del comportamento alternativo lecito, visto che senza la recisione dell'arteria senza dubbio l'evento non si sarebbe verificato. Tuttavia esi-

⁴⁴ Cass. 21588/2007, Margani (rel. Blaiotta).

⁴⁵ Cass. 34054/2007, Pagano (rel. Foti): il caso riguardava la causazione di una cupola pleurica a seguito di una esecuzione maldestra di agopuntura attraverso la quale si conficcava l'ago ad una profondità eccessiva; Cass. 1030/2007, Misasi (rel. Colombo): nel corso di un intervento di reimpianto di stelo protesico femorale all'anca, il medico perde il controllo della fresa provocando la sezione completa del nervo sciatico; Cass. 33619/2006, Iaquina (rel. Romis): nel corso di un intervento di parto cesareo i medici errano la manovra di intubazione introducendo per due volte la cannula nell'esofago invece che in trachea e determinando così la morte per anossia prolungata.

stono sempre margini per escludere la responsabilità del medico, dovendosi indagare se l'azione errata sia dovuta davvero a un errore del medico oppure a particolari configurazioni degli organi che hanno reso il fatto soggettivamente imprevedibile. Ma sul punto torneremo a breve.

Un'attenzione particolare deve essere dedicata poi allo scopo della regola cautelare. In particolare, in ambito medico si deve anzitutto considerare che la finalità del comportamento dovuto può essere quello di salvare la vita, ma non anche di evitare lesioni, nel senso che esistono regole cautelari all'interno delle quali la realizzazione di un eventuale danno all'incolumità costituisce un rischio consentito⁴⁶: si pensi alle manovre realizzate durante il parto per disincagliare il feto, volte a prevenire la morte anche a scapito di realizzare eventuali lesioni. Altro profilo problematico riguarda il trattamento sanitario obbligatorio nel settore della psichiatria. La giurisprudenza tende infatti ad attribuire a tale trattamento una funzione di prevenzione del pericolo di aggressione di terzi⁴⁷. Tuttavia, al di là dei problemi posti in tali ipotesi dalla posizione di garanzia del medico psichiatra (cosa protegge il medico, la salute del paziente o l'incolumità dei cittadini?), si deve osservare come il trattamento obbligatorio possa essere adottato soltanto in presenza di tre presupposti: sussistenza di alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici; rifiuto da parte dell'infermo degli interventi terapeutici; impossibilità di adottare tempestive e idonee misure sanitarie extraospedaliere. Ebbene, là dove sussistono atteggiamenti di aggressività verso sé o altri, ma non v'è un rifiuto della terapia, è davvero difficile poter sostenere che un soggetto doveva essere sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori, il cui scopo non è custodiale, ma prettamente terapeutico⁴⁸.

Infine, come avremo modo di vedere anche in seguito, quando si affronterà il tema del decorso causale alternativo, si deve osservare come nella elaborazione della regola cautelare assuma un'importanza fonda-

⁴⁶ Cass. 24051/2004, Fatuzzo (rel. Brusco), dove si nota come la corretta manovra per disincagliare la spalla del feto sia costituita dalla rotazione del corpo fetale di 180 gradi da esercitare sul corpo del nascituro e come tale manovra sia prevista solo per salvare la vita evitando la morte per asfissia e non anche per evitare lesioni, le quali sono da considerare conseguenze possibili della manovra corretta. Sulla stessa questione della sentenza precedente si veda anche Cass. 37473/2003, Bruno (rel. Visconti).

⁴⁷ Cass. 10795/2008, Pozzi (rel. Brusco): il caso riguardava un soggetto affetto da patologia psichica che uccide un educatore a seguito di uno scompenso psichico determinato da una drastica riduzione di farmaci. La Corte afferma che «il trattamento sanitario obbligatorio deve essere disposto anche nel caso in cui la malattia si manifesti con atteggiamenti di aggressività verso terzi non diversamente contenibili. Del resto non si comprende quali possano essere le alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici se non le manifestazioni di aggressività nei confronti di se stessi o di terzi».

⁴⁸ Cass. pen., Sez. V, 22 gennaio 1998, Belpedio (rel. Perrone), in *Foro it.*, 1999, II, c. 471 ss.; Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 1987, Bondioli, in *Foro it.*, 1988, II, 107, con nota di G. FIANDACA, *Problemi e limiti della responsabilità professionale dello psichiatra*, *ivi*, 1988, II, 107 ss.

mentale il fattore tempo e quindi nella sostanza la tempestività della realizzazione dell'attività dovuta⁴⁹. Ebbene, ciò che mi preme mettere in evidenza è come in tutti questi casi sarebbe opportuno individuare l'arco temporale entro il quale la condotta medica doveva essere posta in essere, e cioè il momento in cui inizia la situazione di rischio e quello in cui la situazione diviene irreversibile, nonché il momento in cui il soggetto avrebbe dovuto agire. Soltanto se esistono queste precisazioni è infatti possibile una verifica effettiva dell'ipotesi formulata.

8.4. La misura soggettiva della colpa

La giurisprudenza si sofferma sulla misura soggettiva della colpa molto più di quanto si possa credere, non tanto rispetto alla conoscenza-conoscibilità della condotta che si doveva realizzare⁵⁰, quanto piuttosto con riferimento alla conoscenza-conoscibilità della situazione di rischio e alla prevedibilità dell'evento in concreto.

Sotto il profilo della conoscenza-conoscibilità della situazione di rischio⁵¹, si deve notare che più volte la Corte giunge ad escludere la responsabilità

⁴⁹ Cass. 37614/2007, Amodei (rel. Campanato): il caso riguarda la morte di un nascituro e ai medici si contestava di avere ritardato le operazioni di effettuazione degli esami preliminari e di allestimento della sala operatoria di chirurgia per l'intervento di taglio cesareo cui doveva essere sottoposta la madre; Cass. 38424/2006, Di Salvo (rel. Piccialli): il caso riguardava la morte di una paziente a seguito di anemizzazione con conseguente shock ipovolemico e ai medici si contestava il non aver preteso l'immediata esecuzione degli esami ematochimici e dell'emocromo al momento della dismissione *post partum*; Cass. 38364/2006, Grandi (rel. De Grazia): il caso riguardava la morte di un bambino a seguito di disidratazione dovuta a salmonellosi evitabile attraverso un'urgente flebo per la reidratazione; Cass. 36618/2006 Capalbo (rel. Colombo): il caso riguardava la morte di una donna a seguito di breccia nel diaframma dalla quale visceri addominali erano penetrati nella cavità toracica, con ischemia del tessuto gastrico, necrosi della parete gastrica, perforazione gastrica, liberazione di liquido nei cavi pleurico sinistro e peritoneale comunicanti attraverso l'ernia, shock, ed arresto cardiocircolatorio con anossia cerebrale irreversibile. Al radiologo si contestava di non aver segnalato tempestivamente ai medici che avevano richiesto l'esame radiologico l'anomala posizione dello stomaco, il sollevamento dell'emidiaframma di sinistra, lo spostamento del cuore a destra, e non aver segnalato ipotesi diagnostiche differenziali, con sottovalutazione della gravità della patologia e ritardo nella diagnosi e terapia da parte dei curanti; Cass. 3380/2005, Fedele (rel. Bianchi).

⁵⁰ Un caso in cui si pone un problema di conoscenze e abilità rispetto alla condotta dovuta è trattato in Cass. 17386/2005, Cardillo (rel. Brusco), nella quale tuttavia non si attribuisce rilevanza ai difetti cognitivi del medico alla fin fine non colposi: «la sentenza impugnata ha sottolineato come il dott. Latella fosse privo della necessaria esperienza per eseguirla correttamente perché, anche nel periodo di pratica anestesiology da lui svolta, per quattro mesi, sette anni prima, non risulta che avesse praticato manovre di intubazione. Motivato e non illogico appare dunque il convincimento della corte secondo cui la manovra fu effettuata da persona imperita e in modo imperito».

⁵¹ Cass. 10846/2008, Gervasoni (rel. Piccialli): dove si esclude la responsabilità di un medico per aver ingessato invece di compiere un tempestivo intervento chirurgico, sulla

del medico per la sua impossibilità di rendersi conto della situazione di rischio, in termini – per così dire – oggettivi: la situazione si sarebbe presentata difficilmente conoscibile per qualsiasi medico.

Sotto il secondo profilo della prevedibilità dell'evento in concreto, si deve notare come si escluda la responsabilità in virtù della presenza di circostanze del tutto anomale non conosciute, né conoscibili al momento del fatto, e quindi conosciute soltanto *ex post*, spesso mediante autopsia, le quali, se da un lato, non escludono il nesso perché fattori preesistenti o concomitanti, tuttavia escludono la colpa sotto il profilo della prevedibilità perché la loro presenza ha reso la verifica dell'evento del tutto anomala⁵².

base del fatto che la sublussazione metacarpo falangea è impossibile o comunque molto difficile in fase acuta; Cass. 23881/2006, Giacomini (rel. Romis): il caso riguarda una omessa diagnosi di infarto. Nel censurare la sentenza impugnata, la Corte nota come in appello si sarebbe dovuta valutare la condotta del medico tenendo conto della situazione quale appariva nel momento in cui la vittima si era presentata presso il medico: la vittima si era recata da sola presso l'ambulatorio; e aveva riferito sintomi che avrebbero potuto essere interpretati come rivelatori anche di altre patologie; il medico non aveva mancato di auscultare il paziente. Allo stato degli atti, conclude la Corte, non si rilevano quali siano gli elementi di significativa, oggettiva ed univoca valenza probatoria e non frutto di mere congetture e supposizioni. Per quanto riguarda il parametro, si veda Cass. 21597/2007, Pecchioli (rel. Blaiotta), dove si esclude la responsabilità di alcuni medici in ordine alla riconoscibilità della patologia derivante dall'assunzione di neurolettici, sulla base del fatto che il primario, rispetto al quale lo standard di pretesa era oltretutto più elevato, fosse stato assolto proprio per l'impossibilità di "cogliere" tale patologia. Per un caso nella sostanza analogo a quello precedente, dove però la Corte giunge a una soluzione opposta, cfr. Cass. 29220/2007 Pizzi (rel. Bricchetti): il caso riguardava una donna affetta da leucemia che decedeva a seguito di emorragia cerebrale intraparenchimale spontanea. Si rimprovera al medico che aveva compiuto alcuni prelievi ematici di non aver immediatamente avvertito il medico curante dell'eclatante piastrinopenia che avrebbe consentito un tempestivo ricovero. Ebbene, la difesa del medico fa notare come se davvero il grave rischio emorragico fosse stato facilmente rilevabile dall'esito degli esami, la Corte di merito avrebbe dovuto addebitare la circostanza anche al medico curante. Quindi, detto in altri termini, essendo stato assolto il medico curante, doveva essere assolto anche il medico analista.

⁵² Cass. 19163/2006, Pollina: il caso riguardava la morte di un feto per sofferenza fetale. Ai medici si rimproverava di aver omesso un controllo costante del travaglio di parto mediante monitoraggio continuo. Dalle perizie emergeva che fino alle 18.42 il tracciato era stato normale; che alle 18.42 il tracciato aveva presentato un "andamento saltatorio" che imponeva un ulteriore monitoraggio a un'ora di distanza; che tale ulteriore monitoraggio era stato effettuato alle 19,45 ma v'era assenza di segnale, per cui tra le 18,42 e le 19,45 il feto era deceduto. Dalla autopsia emerge che «le complicazioni che avevano determinato il decesso erano state causate dalla brevità del funicolo, che misurava solo 25 cm. (a fronte della lunghezza media di cm. 50), non prevedibile in quanto non rilevabile da alcuna indagine diagnostica. Nessuna indagine preventiva avrebbe potuto evitare la morte del feto attesa la rapidità con cui era precipitata la situazione, dovuta alla ipercinesia originata dalla brevità del funicolo». Cass. 16995/2006 Luzzi (rel. Foti): caso di morte del feto per asfissia intrauterina e omesso taglio cesareo. Nota la Corte: «pur volendo ritenere accertato che la morte del bambino sia stata determinata da una compressione dei vasi velamentosi, per la presenza di un cotiledone succenturiato, rilevato solo in sede autoptica, deve rilevarsi che gli stessi consulenti hanno sostenuto che la presenza del cotiledone è non solo evento eccezionale, ma anche non rilevabile, neanche strumentalmente, se non a ridosso della fase espulsiva del

Ma come ragiona la giurisprudenza quando giunge ad escludere la conoscenza-conoscibilità della situazione di rischio o la prevedibilità dell'evento concreto? Sul punto si deve constatare la mancanza di una compiuta razionalizzazione di tale ragionamento, e compito della dottrina dovrebbe essere proprio quello di offrire un contributo in tal senso. Ebbene, un profilo di grande interesse che balza subito agli occhi è il seguente: la conoscibilità della situazione di rischio o la prevedibilità dell'evento concreto non sono valutate – per così dire – direttamente, ma attraverso l'individuazione di conoscenze «intermedie» e «indizianti» che sono poi accertate in capo all'agente reale, con la conseguenza che se quest'ultimo è in possesso di tali conoscenze indizianti, allora sarà presente la conoscibilità e la prevedibilità, se invece non le possiede le condizioni psicologiche potenziali sono da escludere. Così, con riferimento alla prevedibilità dell'evento, i giudici prima individuano e selezionano alcune conoscenze in presenza delle quali si deve ragionevolmente ritenere che un soggetto medio, se le avesse avute, avrebbe previsto (es. conoscenza di una anomalia nella configurazione di un determinato organo); dopo di che verificano se tali conoscenze erano presenti o meno in capo al soggetto reale (se cioè il soggetto conosceva o meno l'anomalia: se sì, prevedibilità; se no, imprevedibilità).

9. *Il decorso causale ipotetico*

Individuato il comportamento dovuto, la giurisprudenza si dedica all'accertamento della sua efficacia impeditiva. Il primo profilo dal quale si deve partire è che, anche dopo la sentenza Franzese, l'evento viene imputato sulla base di componenti percentualistiche⁵³. A ben vedere, si tratta di una soluzione per certi aspetti obbligata, perché, da un lato, la

feto». Cass. 1693/1998, Azzini (rel. Losapio): il caso riguardava la morte di una neonata per anossia neonatale grave durante il parto. Nonostante il parto cesareo, la testa del feto risulta bloccata a causa della presenza di un «cercine», vale a dire di una sorta di bordo fibroso, effetto di uno dei precedenti interventi cesarei subiti dalla paziente – che restringe la limitata breccia uterina praticata. La Corte nega la responsabilità dei medici, affermando che «nella conduzione dell'iter operativo, improvvisamente [...] per quanto risulta dall'accertamento di merito, sorse il problema della resistenza del feto alle pratiche estrattive: quel “cercine”, non previsto né prevedibile, non solo rappresentò un ostacolo di per sé, ma costituì una specie di sacca nella quale, a causa delle contrazioni sollecitate dalla somministrazione di farmaci inducenti al parto naturale [...] si era incuneato il capo del feto, vanificando ogni sforzo e provocando perdita di prezioso tempo [...] Tuttavia [...] ritiene il Collegio che il presente caso possa considerarsi emblematico della ipotesi di carattere eccezionale sopraddiscesa come condizione per una diversa valutabilità della condotta, *ex post* risultata erronea del medico che si sia venuto a trovare di fronte a una situazione non prevista né prevedibile, di difficile soluzione per la mancanza di canonizzate esperienze e per la gravità dei danni producibili, come effetto di qualunque soluzione adottata».

⁵³ Si vedano le sentenze indicate alla nota n. 9.

struttura ipotetica del giudizio porta a formulare valutazioni prognostiche di per sé incerte; dall'altro lato, tale probabilismo è funzionale alle esigenze di tutela sottese all'attività medica: se infatti si richiedesse una capacità impeditiva del comportamento alternativo lecito prossima al 100%, non solo si finirebbe per indebolire l'efficacia motivante della pretesa di diligenza rispetto al suo destinatario, ma esisterebbe anche una sorta di proporzione inversa tra standard di pretesa e paziente debole, per cui meno *chance* di salvezza esistono, più il medico sarebbe legittimato ad astenersi. Emergendo così come l'istanza solidaristica eserciti una forte pressione verso la realizzazione del comportamento dovuto, anche in presenza di scarse possibilità di salvezza.

Tuttavia, da sempre si avverte un certo disagio nell'affermare una responsabilità penale in presenza di un'efficacia impeditiva espressa in termini meramente percentualistici: da un lato, suscita perplessità l'idea di porre a carico di un soggetto un evento soprattutto quando aveva scarse possibilità di essere impedito; dall'altro lato, anche quando vengono in gioco percentuali più elevate, il dato meramente numerico, di per sé preso, rappresenta un'ipotesi (strutturalmente ipotetica) del tutto avulsa dal contesto del fatto reale. Ponendosi così l'esigenza di "rafforzare" il mero dato percentualistico attraverso considerazioni ulteriori che consentano di calarlo e "verificarlo" alla luce della situazione di fatto.

In questa prospettiva, posto che il correttivo della esclusione dei decorsi causali alternativi non può operare in un contesto strutturalmente ipotetico, la giurisprudenza avverte una esigenza limitativo-correttiva che si esplica attraverso due diverse verifiche: una – per così dire – positiva, espressamente razionalizzata dalla stessa giurisprudenza, e consistente nella concretizzazione o corroborazione dell'ipotesi; l'altra negativa, non ancora del tutto razionalizzata dalla giurisprudenza, ma di grandissimo interesse, consistente nella esclusione di fattori reali invalidanti l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito oppure impeditivi della sua realizzazione.

9.1. La concretizzazione della efficacia del comportamento alternativo lecito

In particolare, la prima verifica si muove sul terreno concreto del fatto storico piuttosto che su quello astratto di un sapere scientifico applicabile in modo automatico e senza necessità di verifiche di attendibilità del suo impiego per il singolo evento. Tale modello di indagine è pertanto fondato su un rigoroso atteggiamento critico e su un serrato confronto tra l'ipotesi e i fatti: la congruenza di un'ipotesi ricostruttiva non dipende dalla sua coerenza formale, ma dal confronto con i fatti espressi da una situazione data, che possono confermarla o falsificarla. Ecco allora che l'efficacia salvifica di eventuali cure omesse deve essere misurata prendendo in considerazione l'andamento della patologia reale, l'efficacia

della terapia rispetto al singolo paziente, i fattori che influenzano il successo degli sforzi terapeutici, lo stadio dell'affezione nel quale si colloca la condotta omissiva colposa, ecc.⁵⁴. La Corte pertanto dovrebbe censurare non solo là dove si fa riferimento ad una efficacia del tutto generica del comportamento alternativo lecito oppure ci si limita ad accennare al dato percentualistico⁵⁵, ma anche quando le informazioni spesso nume-

⁵⁴ Tra le numerose sentenze in cui si opera una «concretizzazione» o «corroborazione» dell'ipotesi si vedano: Cass. 30804/2004, Lamari (rel. Koverech): il caso riguardava una omessa somministrazione di epamirina calcica dalla quale era scaturita una lesione consistente in una trombosi venosa profonda iliaco femorale della gamba sinistra. Nel confermare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte mette in evidenza i seguenti aspetti: «l'incontrovertibile dato della non manifestazione della malattia nel 70% dei casi trattati preventivamente con il farmaco non prescritto e somministrato e della guarigione nel quasi 90% dei casi; l'altrettanto importante dato fondato sull'oggettiva constatazione che la Ranno ottenne rapidi e incisivi miglioramenti proprio a seguito della terapia specifica praticata successivamente»; Cass. 8608/2008 Bruno (rel. Bricchetti): il caso riguardava una omessa diagnosi di broncopolmonite. Nel confermare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota come «l'evento sarebbe stato evitato se gli imputati avessero visitato la paziente, effettuato i necessari approfondimenti, accertato la sussistenza della broncopolmonite, malattia ampiamente conosciuta, ad evoluzione benigna se tempestivamente diagnosticata, tanto più che la paziente aveva soltanto 64 anni e non era affetta da altre allarmanti patologie»; Cass. 21597/2007, Pecchioli (rel. Blaiotta): nel confermare la sentenza d'Appello di condanna, si nota come in tale sentenza «si analizzano le modeste informazioni statistiche disponibili che mostrano che la terapia dell'affezione di cui si parla è in generale favorevole. Al contempo vengono individuati i tratti peculiari del trattamento dovuto, costituiti dalla sospensione dei neurolettici e della alimentazione orale, oltre che – naturalmente, dalla somministrazione di antibiotici. Si considerano altresì i fattori che influenzano favorevolmente tale terapia: l'età del paziente e le sue condizioni generali. Si constata che il paziente era giovane e sano»; Cass. 16991/2006, Mastropasqua (rel. Marini): nel confermare la sentenza d'Appello di condanna si nota come «le consulenze tecniche hanno considerato le specifiche condizioni nelle quali il paziente si era trovato al suo ingresso in ospedale, le patologie dalle quali il paziente era risultato affetto, la mancanza di una diagnosi di quella specifica patologia, facilmente accertabile, che ha prodotto l'evento letale e la indubbia necessità di effettuazione di interventi urgenti rigorosamente individuati»; Cass. 17386/2003, Cardillo (rel. Brusco). Cass. 38334/2002, Albissini (rel. Romis).

⁵⁵ In questo senso Cass. 22187/2008, Politi (rel. Bricchetti): nel censurare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota come fosse necessario «stabilire che possibilità di vivere avrebbe avuto la vittima se l'intervento chirurgico fosse stato eseguito, a seguito di una corretta diagnosi, alcuni giorni prima del giorno della morte, previa adeguata preparazione del paziente e non in condizioni di urgenza. Manca una risposta a detto interrogativo, ed essa non può essere trovata in affermazioni come quella secondo cui il ritardo nel riconoscimento della complicità e nell'esecuzione dell'intervento chirurgico aveva creato “un aumento del rischio di morte pari almeno al 50%”»; Cass. 22513/2007, Tarricone (rel. Marini): nel censurare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota come «la Corte territoriale non ha dato motivazioni sulle ragioni del ravvisato nesso causale e sulla credibilità razionale del risultato raggiunto attraverso un non esplicitato giudizio controfattuale svolto con riferimento al caso concreto in esame»; Cass. 2619/2007, Dumitrescu (rel. Brusco): nel censurare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota come «la sentenza impugnata si limita ad individuare, tra le concause del decesso, le carenze indicate precisando che un costante monitoraggio medico della paziente avrebbe impedito l'insorgere del coma diabetico

rose relative al comportamento alternativo lecito non vengono analizzate con specifico riferimento al caso concreto⁵⁶.

e il conseguente decesso. Ciò in base a non meglio precisata norma di comune esperienza. È evidente l'insufficienza motivazionale di questa affermazione non avendo esplicitato la Corte di merito le caratteristiche della malattia né indicato accertamenti di esperti utilizzati nel processo, o studi di natura scientifica idonei a dimostrare che la tempestività dell'intervento – tenuto conto delle specifiche caratteristiche del caso concreto – avrebbe consentito di evitare il verificarsi dell'evento in termini di elevata credibilità razionale»; Cass. 36618/2007, Capalbo (rel. Colombo): il caso riguardava la morte di una donna per arresto cardiocircolatorio dovuto a shock settico generato da alcune malformazioni congenite. Rispetto alla condotta dovuta consistente nel posizionamento di una sonda nasogastrica, nel censurare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota come manchi una verifica in concreto della sua efficacia impeditiva; Cass. 16995/2006 Luzzi (rel. Foti): nel censurare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota come «la sentenza impugnata non si sia ispirata ai principi affermati dalla Franzese, là dove si sostiene che il parto cesareo ove tempestivamente e correttamente praticato, avrebbe probabilmente salvato la vita del bambino». Cass. 19777/2005 Nobili (rel. Olivieri): nel censurare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota come «le circostanze del caso concreto e l'evidenza disponibile non possono consistere né nell'essere stata violata, omessa, una generalizzata regola di esperienza, né nell'attitudine, nell'idoneità di quella violazione ad incidere casualmente nella maggior parte dei casi, perché ciò significherebbe avere accertato il nesso di condizionamento non sulla base delle circostanze del caso concreto e dell'evidenza disponibile»; Cass. 1957/1999, Stanzione (rel. Malagnino): nel censurare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota come «i giudici si sono limitati alla semplice constatazione dell'omessa e tardiva effettuazione degli interventi diagnostici e terapeutici ritenuti appropriati, senza poi passare alla dimostrazione del perché, in quella data situazione, quegli interventi, di per sé potenzialmente idonei, in astratto, avrebbero anche in concreto, potuto avere serie e apprezzabili probabilità di successo». Si vedano anche le seguenti sentenze dove la Corte afferma o esclude il nesso causale senza tuttavia fare riferimento a una vera e propria concretizzazione dell'ipotesi: Cass. 19527/2008, Aloia (rel. Piccialli): nel confermare la sentenza d'Appello di condanna si nota apoditticamente che «i giudici di merito hanno altresì compiuto il necessario giudizio controfattuale, ed hanno rilevato che un diverso comportamento alternativo lecito del sanitario, attuato attraverso gli accertamenti strumentali mirati sopra indicati ed una immediata terapia eparinica tesa a prevenire la formazione dei trombi, avrebbe evitato l'embolia polmonare massiva del giorno successivo»; Cass. 27743/2007, Morelli (rel. Brusco): dove nel confermare la sentenza di condanna si afferma che «le conclusioni degli esperti dimostrano che il livello di probabilità dell'efficacia impeditiva della condotta osservante si ferma a un livello medio-basso»; Cass. 4177/2007, Guarneri (rel. Piccialli): dove nel confermare la sentenza di condanna si afferma che «la sentenza impugnata, richiamando l'elevato grado di probabilità di sopravvivenza del paziente [...] in caso di intervento tempestivo, dopo avere esaminato tutte le circostanze del caso concreto ed aver effettuato il giudizio controfattuale, si è posta in linea con i principi consolidati della giurisprudenza di legittimità». Si veda inoltre Cass. 41511/2005, Anemona (rel. Calmieri), dove nel confermare la sentenza di condanna, la Corte procede a colmare una lacuna nella motivazione della Corte di Appello, che si era limitata ad affermare che il controllo postoperatorio avrebbe evitato l'evento morte: «l'effettuazione immediata di specifici controlli avrebbe evidenziato con certezza che la sofferenza cardiaca non era causata da infarto bensì da una lenta ed ingravescente intossicazione endoperitoneale dominabile nella fase di prima insorgenza – ed avrebbe permesso di operare nuovamente la paziente quando le sue condizioni generali lo consentivano. Il secondo intervento eseguito in migliori condizioni avrebbe potuto, con ragionevole giudizio prognostico, avere esito fausto».

⁵⁶ Cass. 21588/2007, Margani (rel. Blaiotta): il caso riguardava la morte di una bambina per Sindrome di Reye (Sdr) dovuta alla somministrazione di un prodotto a

Due considerazioni. Anzitutto, è opportuno precisare che ai fini della concretizzazione si devono prendere in considerazione soltanto i fattori realmente esistenti al momento in cui doveva esser compiuta la condotta omessa, non anche i fattori che si sarebbero verificati a seguito della realizzazione della condotta dovuta: mentre infatti il primo giudizio ha una struttura ipotetica, in quanto il comportamento dovuto immaginato è pur sempre messo in relazione a fattori realmente esistenti, permettendo così una verificabilità empirica, il secondo giudizio ha invece una struttura del tutto irrealistica, poiché la base del giudizio si estende a ciò che è totalmente immaginato, risultando pertanto del tutto incontrollabile e controvertibile.

Mi sia concesso indugiare ancora sul punto, notando un aspetto un po' complesso, ma di grande rilievo. Il tempo in cui deve essere realizzata la condotta a volte consiste in un momento, altre volte invece consiste in un arco temporale. Quest'ultima ipotesi si verifica quando la condotta dovuta consiste in una pluralità di comportamenti legati tra di loro (es. diagnosi e terapia), dovendosi notare come ai fini di una corretta imputazione di una responsabilità per colpa si debba sempre giungere alla individuazione del comportamento effettivamente idoneo a impedire l'evento⁵⁷. Ebbene, in ipotesi di questo genere, il tempo in cui dovrebbe essere realizza-

base di acetilsalicilico. Ai dottori si rimproverava non tanto di aver somministrato tale sostanza, ma di non aver sospeso la somministrazione in presenza dei primi sintomi della patologia, limitandosi a ridurre il dosaggio del 20%. Nel censurare la sentenza d'Appello di condanna, la Corte nota che «la pronunzia (impugnata) espone diffusamente le informazioni acquisite dal perito nominato in appello, inerenti alla gravità della malattia, ai suoi effetti su cervello e sul fegato, alle sue varianti, alla sua stadiazione, alle tecniche diagnostiche, alle difficoltà terapeutiche. Vengono pure indicati dettagli sulle condizioni della vittima, sulle sue preesistenti affezioni, sull'andamento della patologia denominata Sdr. Tuttavia tali informazioni non vengono analizzate ai fini del giudizio sulle possibilità di successo delle terapie mancate in occasione del secondo ricovero ospedaliero. Ne consegue che la conclusione in ordine all'efficacia terapeutica delle cure in questione pecca in astrattezza»; Cass. 30804/2004, Lamari (rel. Koverech).

⁵⁷ Su questo punto cfr. Cass. 44656/2005, Di Certo (rel. Campanato): il caso riguardava la morte di un giovane per trombosi, e ai medici si rimproverava l'omesso controllo dei parametri emocoagulativi ai fini di valutare il rischio di insorgenza di complicanze tromboemboliche polmonari. Nel censurare la sentenza di condanna, la Corte nota che «la Corte (di Appello) ha fornito una spiegazione a metà in ordine alla causalità, perché ha chiarito che il mancato monitoraggio ha posto i sanitari nelle condizioni di non poter padroneggiare l'insieme degli elementi che avrebbero potuto avere a loro disposizione e certamente questa è un'omissione che si pone in relazione causale con l'evento, ma non ha spiegato quale sia il ragionamento controfattuale che porta a concludere che se tali elementi fossero stati in loro possesso avrebbero potuto con ragionevole previsione scientifica o di esperienza medica fronteggiare l'insorgere del problema evitando la morte della paziente. Come si è detto innanzi, si sono richiamati i principi teorici, ma non si sono evidenziate le ragioni, le tecniche, i percorsi dell'arte medica, le indicazioni della letteratura scientifica dalle quali dedurre che vi erano delle scelte terapeutiche e degli interventi capaci di fornire in termini di logica e ragionata presunzione una risposta efficace diretta ad evitare o a fronteggiare il processo che determinò la morte». Si veda anche Cass. 41511/2005, Anemona (rel. Calmieri).

ta la condotta va dalla diagnosi fino alla terapia, con la conseguenza che assumeranno rilevanza anche tutti quei fattori che vengono in gioco tra il momento della diagnosi fino alla terapia, mentre saranno irrilevanti, perché del tutto immaginati, soltanto quelli successivi alla terapia.

In secondo luogo, è interessante notare come l'orientamento della più recente giurisprudenza muti a seconda che si tratti di ipotesi in cui il contatto medico-paziente è distante dall'evento (es. diagnosi di carcinoma) o consiste in una totale omissione del comportamento dovuto, rispetto alle quali si tende a negare con una certa disinvoltura una motivazione fondata su un alto grado di credibilità razionale⁵⁸; oppure si tratti di ipotesi in cui il contatto è prossimo all'evento (es. infarto o embolia) o è stata comunque espletata una qualche attività, rispetto alle quali si tende, invece, a ritenere fondata l'alta credibilità razionale.

Dietro questa tendenza v'è qualche rischio. E infatti, al di là della circostanza che soprattutto nelle ipotesi in cui esiste un ampio lasso di tempo tra il contatto e l'evento, il giudice rischia di essere condizionato proprio da tale lasso, inserendo nel giudizio anche valutazioni relative a ciò che sarebbe potuto accadere a seguito della realizzazione della condotta dovuta, occorre notare come sia diverso il livello di concretizzazione che si può ottenere nelle due ipotesi: in quelle consistenti ad esempio nella mancata diagnosi di carcinoma la possibilità di concretizzazione nasce di per sé ridotta e limitata in ragione del fatto che proprio per la mancata realizzazione di una condotta le circostanze concrete sono in realtà poche, con la conseguenza che per l'appunto risulta di per sé molto difficile poter concretizzare una ipotesi siffatta; ben diverse le situazioni in cui il bene corre un pericolo attuale o comunque il soggetto ha realizzato una qualche attività, proprio perché questi ultimi fattori contribuiscono ad una possibile concretizzazione dell'ipotesi.

9.2. Il «fallimento in concreto» del comportamento alternativo lecito

Una volta «concretizzata» e «corroborata» l'ipotesi, si deve tuttavia notare come l'affermazione della responsabilità sia ancora legata a dati me-

⁵⁸ Cass. 10824/2008 Mennella (rel. Galbiati): il caso riguardava una omessa diagnosi di adenocarcinoma ovario sviluppatosi nell'arco di quasi tre anni, e mai diagnosticato durante le quattro visite effettuate. La Corte afferma che la sentenza impugnata non risulta avere adeguatamente approfondito ed accertato la ricorrenza del nesso di causalità tra la formulazione tempestiva della diagnosi certamente effettuabile nel caso di specie ed un ipotizzabile conseguente prolungamento significativo della vita della vittima; Cass. 8613/2008, Di Masi (rel. Bicchetti): il caso riguardava un bambino deceduto per occlusione intestinale: dopo sei giorni dalla prima visita della pediatra, con diagnosi errata, la madre del bambino telefonava alla pediatra manifestando la perdurante sofferenza del bimbo, e la pediatra confermava la terapia senza compiere alcuna visita. Secondo la Corte la sentenza impugnata non ha individuato il momento di insorgenza dell'occlusione intestinale.

ramente percentualistici: precisati, concretizzati, certo, ma pur sempre percentualistici. Ecco allora assumere particolare rilievo la seconda verifica, la quale si muove sempre sul terreno concreto del fatto storico, ma concerne l'eventuale «fallimento» del comportamento diligente a causa della presenza di fattori anomali (reali) invalidanti l'efficacia ipotizzata oppure a causa dell'impossibilità della sua adozione da parte dell'agente.

Sotto il primo profilo della presenza di fattori invalidanti, vengono in gioco due ipotesi diverse. Da un lato il fallimento reale, che si ha quando il medico si uniforma alla regola cautelare, ma l'evento si verifica egualmente⁵⁹: così, ad esempio, in presenza di un fibrillazione ventricolare, il medico prontamente pratica al paziente due interventi di defibrillazione elettrica con contestuale massaggio cardiaco esterno associato a ventilazione assistita, ma l'evento morte si verifica egualmente. Dall'altro lato, il fallimento può essere ipotetico: ciò si verifica quando il medico non si uniforma alla regola cautelare, ma nel caso specifico sussistono fattori anomali in presenza dei quali si deve ritenere che alla realizzazione del comportamento dovuto sarebbe comunque seguita la verifica dell'evento (malformazioni congenite, allergie, profili genetici, condizioni precarie di salute).

Com'è agevole capire, quest'ultima ipotesi risulta davvero interessante, anche perché esistono molti casi in cui la giurisprudenza attribuisce rilevanza al fallimento in concreto di tipo ipotetico: così, ad esempio, in presenza di un omesso intervento chirurgico, a volte la giurisprudenza non esita ad affermare che con ogni probabilità anche in presenza dell'intervento l'evento si sarebbe verificato egualmente in considerazione delle particolari condizioni degenerate del paziente, escludendo così la responsabilità.

Ebbene, il primo profilo che si deve chiarire è che anche questo giudizio concernente il fallimento in concreto è un giudizio strutturalmente ipotetico, nel senso che in presenza del fattore che si reputa invalidante non siamo comunque in grado di sapere con certezza se, realizzatasi la condotta diligente, tale fattore avrebbe davvero inciso sulla efficacia impeditiva permettendo all'evento di verificarsi egualmente. Il secondo profilo che si deve notare è che la giurisprudenza non ha razionalizzato la valutazione che compie, nel senso che non emergono mai le ragioni in virtù delle quali si ritiene che il fattore reale determini il fallimento del comportamento dovuto.

⁵⁹ Cass. 15703/2008 Capretto (rel. D'Isa): a più di 24 ore da un intervento chirurgico, si manifestava una fibrillazione ventricolare che determinava un arresto cardiaco. Alla paziente, prontamente soccorsa, venivano praticati due interventi di defibrillazione elettrica con contestuale massaggio cardiaco esterno associato a ventilazione assistita. Dopo circa 30 minuti erano sospese le manovre rianimatorie dal momento che non si era verificata alcuna ripresa delle funzioni vitali. La Corte ritiene i medici non responsabili, avendo fatto tutto quello che dovevano e potevano fare e non emergendo responsabilità per quanto riguarda la gestione anestesiológica prima durante e dopo l'intervento.

Vero tutto ciò, al fine di contribuire a una sorta di razionalizzazione di questo ragionamento, a me pare che dietro queste soluzioni vi sia una sorta di comparazione tra la situazione di rischio derivante dall'omissione del comportamento dovuto con quella derivante dalla sua osservanza, comparazione che si conclude con uno dei seguenti esiti: se la situazione di rischio derivante dall'omissione è maggiore di quella derivante dall'azione (comportamento dovuto), non si può che affermare la responsabilità; se invece la situazione di rischio derivante dall'omissione è identica o inferiore a quella derivante dall'azione, allora il nesso non sussiste e la responsabilità è da escludere⁶⁰. Si prenda il caso classicissimo

⁶⁰ In questa prospettiva si deve ritenere corretta la soluzione adottata da Cass. 39594/2007, Aramini (rel. Bartolomei): il caso concerneva una omessa diagnosi di peritonite mediante approfonditi accertamenti in paziente affetta da insufficienza renale cronica; la Corte esclude il nesso in virtù delle incertezze circa un esito favorevole per la vita della paziente di un intervento chirurgico tenuto conto delle precarie condizioni di costei che aveva una situazione immunitaria assolutamente insufficiente. Posto che non si tratta di una ipotesi di irreversibilità della patologia, il ragionamento sembra basarsi su una comparazione dei rischi: il rischio connesso alla condotta diligente era praticamente identico a quello connesso alla condotta non diligente. Corretta anche la conclusione a cui approda Cass. 10795/2008, Pozzi (rel. Brusco), anche se attraverso un'argomentazione non condivisibile (la Corte infatti non prende in considerazione il problema della efficacia del comportamento alternativo lecito): il caso riguardava un soggetto affetto da patologia psichica che uccide un educatore; si ritiene che l'aggressione sia dovuta a uno scompenso psichico determinato da una drastica riduzione della cura farmacologica; la difesa sostiene che anche là dove la cura non fosse stata ridotta l'evento si sarebbe potuto verificare egualmente, in quanto riduceva i rischi di scompenso di due terzi, lasciando pertanto sussistere il rischio di un terzo; ebbene, si deve osservare come il rischio creatosi con la condotta diligente fosse ben più ridotto di quello della condotta non diligente. Corretta anche 9793/2001, Musto (rel. Battisti): il caso riguardava la morte di una donna a seguito di shock cardiogeno da tamponamento cardiaco causato dal versamento di sangue nel pericardio, reso possibile dalla perforazione della parete del seno coronarico causata da un catetere immesso per la realizzazione di un intervento chirurgico. Al medico si rimproverava di aver richiesto l'intervento dell'ecocardiografista invece di accertare la situazione mediante radiografia. Nella sentenza si nota come la condotta ritenuta dovuta dalla sentenza di appello (radiografia) fosse nel caso in esame altamente pericolosa, perché avrebbe comportato l'iniezione del liquido di contrasto con ulteriore apporto di liquido e quindi con il contribuire ad un aumento di volume di quello già presente nel cavo pericardio, aggravando il tamponamento. In sostanza la condotta diligente avrebbe aumentato il rischio rispetto al comportamento considerato non diligente. Si veda anche Cass. 8599/1993, De Donato (rel. Battisti), dove si afferma: «nel caso in cui la scienza medica assegni qualche speranza di salvezza al ricovero in ospedale e nessuna al non ricovero, il sanitario, che si ispiri al cosiddetto modello di agente dal quale la comunità si aspetta preparazione e oculatezza, non può non sfruttare quella speranza, vale a dire la residua probabilità di salvezza, e qualora non lo faccia, versa in colpa». Non ci pare corretta invece la soluzione adottata da Cass. 19334/2007, Rossetto (rel. Foti): il caso riguardava la morte di un soggetto a seguito di emorragia non diagnosticata. Il medico veniva assolto in considerazione del fatto che un intervento chirurgico tempestivo non avrebbe evitato l'esito infausto per le condizioni critiche in cui versava il paziente, con la conseguenza che il rischio derivante dall'intervento e quello derivante dall'omesso intervento vengono considerati pressoché equivalenti; tuttavia occorre notare che l'inter-

della novocaina: com'è noto, l'anestesista non propina come dovuto la novocaina, bensì la cocaina; ebbene, si esclude la responsabilità in quanto, in virtù della presenza di una anomalia congenita, si valuta che propinando novocaina il rischio era pressoché identico a quello derivante dalla somministrazione di cocaina. Ed ancora, si prenda il caso dell'intervento, in cui il chirurgo non effettua l'operazione dovuta: per affermare la responsabilità si deve concludere che con l'intervento il rischio di morte sarebbe stato inferiore a quello dell'intervento; con la conseguenza che in presenza di un rischio derivante dall'intervento identico o maggiore, la responsabilità deve essere esclusa.

Impostato il ragionamento in questi termini, appare allora evidente la ragione profonda e a mio avviso plausibile che conduce la giurisprudenza ad affermare la responsabilità anche in presenza di scarse possibilità di salvezza, poiché il rischio derivante dalla realizzazione del comportamento dovuto è pur sempre minore rispetto a quello derivante dal comportamento non diligente.

Per quanto riguarda i fattori che rendono impossibile il comportamento dovuto, per comprendere tali ipotesi si deve aver presente la componente omissiva della colpa e il fatto che nell'attività medica gioca un ruolo fondamentale il fattore tempo: ebbene, da un lato, ha senso porre in essere il comportamento diligente fino a quando permane la situazione di rischio che attualizza il comportamento dovuto, con la conseguenza che non si potrà considerare il soggetto responsabile là dove si è in presenza di una patologia ormai oggettivamente irreversibile⁶¹;

vento tempestivo (ancora possibile) diretto a tamponare l'emorragia era l'unico mezzo per salvare la vita del paziente, con la conseguenza che il rischio della violazione era ben più alto di quello dell'osservanza. Parimenti suscita perplessità la soluzione adottata da Cass. 24051/2004, Fatuzzo (rel. Brusco): nella sentenza infatti si nota come la condotta non diligente consistente nella trazione della testa del feto e che ha cagionato lesioni sia lecita in quanto anche la condotta diligente consistente nella rotazione del corpo fetale a 180 gradi avrebbe in sé la possibilità di cagionare danni. Tuttavia si tratta di un modo di ragionare non del tutto convincente perché si confondono profili decisamente diversi: un conto è affermare che anche la condotta diligente avrebbe realizzato danni un conto è comparare i rischi. Ebbene, se si procede a una comparazione dei rischi prodotti da questi due comportamenti appare evidente come sia nel caso di rotazione che in quello di trazione v'è insito il rischio di lesione, tuttavia il rischio di lesione derivante dalla trazione è senza dubbio superiore a quello derivante dalla rotazione, con la conseguenza che la trazione fa scattare la responsabilità.

⁶¹ Cass. 20560/2005, Herrerros (rel. Brusco): il caso riguardava la morte di un detenuto all'interno di una casa circondariale per omesso immediato intervento di una infermiera che avrebbe permesso di accertare l'esistenza e la gravità della patologia ed anzi per essersi allontanata in presenza di un'evidente crisi. Al di là del fatto che nel caso concreto le complicanze che rendono la situazione irreversibile vengono soltanto ipotizzate e non provate (profilo censurato con forza dalla Corte), la Corte nota che «ferma restando l'esistenza della causa primaria della patologia accertata incontestabilmente la Corte di merito ha ritenuto che alcune delle possibili conseguenze dell'infarto, di cui

dall'altro lato, possono esservi circostanze che o avrebbero reso la condotta dovuta del tutto inutile o addirittura dannosa⁶²; oppure avrebbero impedito di tenere il comportamento dovuto, come, ad esempio, la mancanza di strumenti o macchinari indispensabili per compiere determinati accertamenti⁶³; oppure, infine, avrebbero impedito di tenere il

hanno parlato i periti, non lasciano praticamente alcuna possibilità di sopravvivenza (sistolica)». Cass. 10136/2007, Gastel (rel. Novarese): il caso riguardava la morte di un paziente per trombolia polmonare massiva; al medico si rimproverava di non aver diagnosticato la patologia omettendo di richiedere l'ecografia e di non aver somministrato in modo adeguato la terapia eparinica. Pur essendo affermata la responsabilità del medico in ordine a questa seconda condotta (perché con ogni probabilità l'evento si sarebbe verificato con minore intensità lesiva), in ordine alla prima si esclude il nesso in quanto vera la possibilità che l'embolo avesse già abbandonato la sede di formazione.

⁶² Si veda Cass. 9793/2001, Musto (rel. Battisti), dove si dimostra come la condotta ritenuta diligente (radioscopia al posto di una ecocardiografia) fosse da un lato inutile e dall'altro non adottabile, perché sotto il primo profilo, la radioscopia pur essendo rapida nel verificare l'esistenza di una perforazione non avrebbe detto nulla sul dove e sul come dell'emorragia; sotto il secondo profilo, non poteva essere impiegata perché mancava una attività meccanica cardiaca indispensabile far circolare il liquido; Cass. 6613/1998 Barraco (rel. Merone): il caso riguardava la morte di un uomo a seguito di somministrazione interna per reflusso di abbondante materiale alimentare; al medico si rimproverava di non aver praticato un'aspirazione gastrica mediante applicazione di un'apposita sonda; per la Corte di Cassazione «l'applicazione della sonda non avrebbe consentito l'aspirazione dei materiali solidi che hanno invaso poi gli alveoli polmonari determinando il soffocamento. Secondo la sentenza di primo grado infatti se il cibo era penetrato negli alveoli polmonari poteva penetrare anche nel sondino. Tuttavia sulla scorta dei periti si nota che l'argomento secondo cui i frammenti di cibo dovevano avere necessariamente dimensioni tali da poter essere aspirati con la sonda nasale, soltanto perché quegli stessi frammenti sono stati rinvenuti negli alveoli polmonari è del tutto fallace perché gli alveoli sono stati trovati dilatati a causa dell'invasione dei frammenti di cibo».

⁶³ Cass. 44765/2007, Subiaco (rel. Bartolomei): il caso riguardava una donna in stato di gravidanza con minaccia di parto prematuro che si era recata presso una struttura ospedaliera di 2° livello; dopo il parto il bimbo riportava una invalidità permanente al 100% a seguito di emorragia celebrale dovuta a insufficienza respiratoria; la Corte condanna, tra l'altro, per omesse manovre di ventilazione assistita rifiutando di considerare i difetti della struttura; tuttavia dalla sentenza emerge che la struttura ospedaliera «era un semplice punto di nascita, in grado di offrire cure semplici e non invasive, rientrando nel punto 4 della delibera del Consiglio regionale, secondo cui in tali strutture era giustificata solo la terapia minima con culle per neonati fisiologici o parafisiologici; che il reparto era deficitario sotto molti punti di vista [...] compreso quello delle strutture essenziali (cateteri per infusione centrale, pompe per infusione, tubi endotracheali adatti a prematuri di peso così basso) e obbligatorie qualora il reparto fosse classificato di 2° livello, la mancanza di surfattante, farmaco in grado di mantenere aperti gli alveoli polmonari, la mancanza di istruzione e aggiornamento dei medici del reparto su una avanzata e corretta assistenza per neonati con gravi patologie respiratorie»; Cass. 9793/2001, Musto (rel. Battisti): dove si dimostra come la condotta ritenuta diligente (radioscopia al posto di una ecocardiografia) fosse da un lato inutile e dall'altro non adottabile, perché sotto il primo profilo, la radioscopia pur essendo rapida nel verificare l'esistenza di una perforazione non avrebbe detto nulla sul dove e come dell'emorragia; sotto il secondo profilo, non poteva essere impiegata perché mancava una attività meccanica cardiaca indispensabile per far circolare il liquido.

comportamento diligente entro il tempo necessario, come ad esempio la distanza dall'ospedale o da un determinato reparto⁶⁴.

Proprio quanto appena detto, ci consente di compiere una riflessione ulteriore, così sintetizzabile: l'emergere di fattori invalidanti l'efficacia del comportamento alternativo lecito, se da un lato può ridurre i margini

⁶⁴ Cass. 24859/2007 Comitini (rel. Marzano): nel censurare la sentenza di condanna, la Corte afferma: «addebitando all'imputato di non aver avviato il paziente nell'immediatezza ad un nosocomio dotato delle opportune strutture, si omette di specificare se un tale presidio fosse esistente nelle vicinanze del nosocomio ove il paziente era degente (si da assicurare quella richiesta di "immediatezza"), il tempo necessario per raggiungerlo e praticare la terapia richiesta»; Cass. 24271/2007 Abrami (rel. Rotella): il caso riguardava la morte del feto a seguito di distacco anticipato della placenta rispetto al quale non era stato eseguito tempestivamente il taglio cesareo. Nel ricorso si nota come «ignorando il dettaglio cronologico esatto del distacco della placenta, non è neppure possibile sapere se il tempo trascorso tra l'esordio della sintomatologia e la morte del feto sarebbe stato sufficiente alla esecuzione del taglio cesareo». La Corte, nel confermare la condanna, ribatte che «il distacco placentare non è avvenuto in modo improvviso e graduale. In tal caso il distacco definitivo, cui si connette l'evento, avviene in circa due ore, ed occorrono non più di 20 minuti per disporre il taglio cesareo. E nella specie non risultano riferite nella sentenza di appello circostanze tali da far ritenere un decorso particolare. Difatti, nella sentenza di 1° grado si ricostruisce che la paziente ha avvertito i primi sintomi dolorifici approssimativamente dopo la mezzanotte. E, facendo coincidere tali sintomi con l'inizio del distacco, posto che l'infermiera è stata interpellata poco dopo l'una, l'asserto che non è possibile stabilire se vi fosse tempo utile per l'intervento tempestivo, per il cui apprestamento occorre non più di 20 minuti, risulta gratuito»; Cass. 19353/2007, Montalbano (rel. Poti): il caso riguardava la morte di un paziente per ischemia intestinale acuta non tempestivamente diagnosticata, malgrado il quadro clinico denotasse un'emergenza chirurgica addominale. Nel censurare la sentenza di Appello si nota che «la sentenza non affronta il tema dei tempi, rispetto all'insorgenza della patologia, in cui il paziente è stato ricoverato presso il reparto di chirurgia né tale tematica è stata posta in relazione alla condotta omissiva attribuita all'imputato al fine della verifica del porsi della stessa quale condizione necessaria. Tema che avrebbe dovuto porsi visto che, rispetto alla prima insorgenza della malattia (ore 16,45 del 30 settembre), il ricovero presso il suddetto reparto è intervenuto alle ore 17,40 del giorno successivo, cioè oltre 24 ore che rappresenta, secondo quanto si sostiene nella sentenza, il limite oltre il quale, anche per le lesioni meno estese, la prognosi, pur drammatica, come nei casi di lesioni massive, è sicuramente più favorevole. Nulla ovviamente impediva ai giudici del merito di ritenere – motivando adeguatamente – che, malgrado le ore trascorse, l'evento doveva comunque attribuirsi alla condotta omissiva; ciò tuttavia, dopo un attento esame del dato temporale, alla luce dei giudizi espressi dai periti, e dopo avere chiarito se ed in che termini esso ha inciso sulla prognosi, così rendendo più concreti i giudizi espressi sulla natura della stessa, genericamente ritenuta "più favorevole"; Cass. 23881/2006, Giacomini (rel. Romis): il caso riguardava una omessa diagnosi di infarto. La Cassazione nota che: «per contrastare un infarto la terapia deve essere realizzata nelle prime 4-6 ore dall'insorgenza; che l'evento infartuale sarebbe avvenuto alle 14,30; che la vittima si è recata dal medico alle 16,45. Orbene, una volta così definiti i dati cronologici – afferma la Cassazione – la Corte d'Appello avrebbe dovuto dimostrare, sulla scorta degli elementi disponibili, che, ipotizzando formulata da parte del medico una diagnosi di allarme tale da imporre l'immediato invio del paziente al Pronto Soccorso, sarebbe stato possibile sottoporre il paziente, presso la più vicina struttura ospedaliera adeguatamente attrezzata, alla terapia trombolitica o fibrinolitica nell'arco delle tre ore ancora disponibili. Alcuna indagine risulta invece svolta in tal senso dai giudici di seconda istanza»; Cass. 7151/1999, Traballi (Losapio): dove nell'escludere l'efficacia del

per la responsabilità individuale (dal basso) del singolo medico, dall'altro lato può estendere quelli per la responsabilità derivante da carenze di struttura e di organizzazione (dall'alto).

9.3. *Le diverse tipologie di mancata diminuzione del rischio*

Alla luce di quanto detto fin qui, appare evidente come l'imputazione dell'evento in presenza di un'omissione sia essa condotta principale o modalità di condotta abbia natura probabilistica e si fondi pertanto su dati meramente percentualistici e quindi in ultima analisi sulla mancata diminuzione del rischio. D'altra parte è importante notare anche come proprio dalla disamina della giurisprudenza emergano diverse tipologie di mancata diminuzione del rischio assai differenti tra loro, alcune illegittime, altre legittime.

Ed infatti è senza dubbio da considerare illegittima l'imputazione dell'evento basata sulla mera mancata diminuzione del rischio e quindi sulla mera violazione della regola cautelare, a prescindere da un accertamento del decorso causale reale⁶⁵. Parimenti illegittima è l'imputazione dell'evento che pur essendo basata sull'accertamento del decorso reale, tuttavia fa riferimento alla efficacia impeditiva dell'evento in termini meramente astratti senza una verifica in rapporto al contesto del fatto reale⁶⁶.

Al contrario, mi pare più che legittima una imputazione fondata sulla mancata diminuzione del rischio che non solo si basa sull'accertamento del

decorso causale alternativo, si nota come «nelle specifiche condizioni nelle quali l'imputata operava, per poter congruamente allertare e portare all'efficienza, in piena notte, la struttura di indagine diagnostica (la Tac), assolutamente propedeutica alla rachicentesi, a sua volta condizionante l'instaurazione di un appropriato regime terapeutico, sarebbero accorse non meno di due-tre ore, sicché la terapia medicamentosa sarebbe iniziata quando, verso le ore 3, il processo morboso a decorso fulminante aveva già prodotto effetti irreversibili». Si veda anche Cass. 39592/2007, Buggè (rel. Bartolomei): il caso riguardava un infarto non diagnosticato. La difesa nota che «l'ipotesi di probabile salvataggio formulata dal perito in caso di tempestiva diagnosi e intervento non teneva conto dei tempi necessari per il trasporto in ospedale e l'effettuazione dell'elettrocardiogramma in una situazione che non appariva urgente, per cui era ragionevole pensare che una terapia adeguata sarebbe iniziata non prima delle tre del mattino, in un momento in cui la situazione clinica della vittima, a dire di tutti i periti e consulenti era diventata ormai drammaticamente irreversibile, con conseguenti nulle possibilità di salvezza». Tuttavia la Corte afferma «la tempestiva diagnosi ed il tempestivo intervento avrebbero evitato, con margini di alta probabilità, il decesso del paziente. Le pratiche ed inevitabili difficoltà operative prospettate nel ricorso attengono ancora a valutazioni di fatto, per di più non ancorate a riscontri oggettivi». Cass. 38823/2005, Orestano (rel. Marini).

⁶⁵ Cass. 10430/2004, Guida (rel. Piccialli); Cass. pen., Sez. IV, 2 maggio, 1989, Argelli, in *Foro it.*, 1989, II, 600; Cass. pen., Sez. IV, 5 maggio 1987, Bondioli, *ivi*, 1988, II, 107; Cass. pen., Sez. VI, 15 febbraio 1978, Violante, in *Cass. pen.*, 1980, 1559.

⁶⁶ Si vedano le sentenze citate alle note n. 55 e n. 56.

decorso causale reale, ma procede anche a una concretizzazione-verifica del comportamento alternativo lecito. Con la conseguenza che, in questa prospettiva, da un lato, il paradigma prognostico-congetturale strutturalmente ipotetico rappresenta soltanto una integrazione di quello nomologico-deduttivo, dall'altro lato, la concretizzazione-verifica del comportamento alternativo lecito consente di controllare in termini di credibilità razionale l'ipotesi (strutturalmente ipotetica), e quindi di soddisfare le esigenze di garanzia espresse dalla personalità della responsabilità penale in un contesto normativo. E come dimostra la nostra disamina, non c'è dubbio che ormai la giurisprudenza si stia muovendo proprio in quest'ultima direzione e che compito della dottrina sia quello di razionalizzare ciò che la giurisprudenza sta facendo con un atteggiamento – per così dire – inevitabilmente «empirico».

10. Considerazioni conclusive. La responsabilità penale del medico tra diritto civile e diritto penale, reato di condotta e reato di evento, colpa lieve e colpa grave

La nostra indagine sarebbe senza dubbio incompleta se non si affrontasse la questione sempre più posta al centro del dibattito scientifico del se e come punire la responsabilità medica. Da un lato, infatti, da qualche anno ci si interroga se non sia opportuno abbandonare lo strumento penale per delineare un sistema di tutela avente natura civilistica, basato essenzialmente sul risarcimento del danno; dall'altro lato, là dove si continua a optare per la responsabilità penale, si discute su come configurare la disciplina in ordine all'imputazione dell'evento infausto.

In particolare, per quanto riguarda la prima questione, appare davvero difficile adottare una soluzione di totale estromissione del diritto penale, e ciò non solo perché l'attività medica colposa offende beni fondamentali quali la vita e l'incolumità pubblica, ma anche – e soprattutto – perché, come più volte accennato, il paziente si viene a trovare in una posizione di debolezza del tutto peculiare, visto che subisce il rischio «naturale» della malattia e che questo rischio viene fronteggiato attraverso un'attività all'interno della quale lo stesso paziente ha un ruolo nella sostanza passivo. Detto in altri termini, un ordinamento orientato alla reale tutela dei propri consociati, non può non impiegare lo strumento di massima prevenzione là dove si pone per l'appunto un'esigenza di massima responsabilizzazione di un esercente una determinata attività in ragione del dominio assoluto che egli ha su tale attività.

Per quanto riguarda la seconda questione la grande alternativa è tra fattispecie di danno incentrate sull'evento come elemento costitutivo oppure fattispecie di mera condotta (di pericolo), dove l'evento può essere eventualmente previsto o come condizione obiettiva di punibilità oppure come circostanza aggravante. Davanti a questa alternativa la domanda fondamentale alla quale si deve dare una risposta è perché si dovrebbe

rinunciare alla soluzione – per così dire – classica di prevedere l'evento come nucleo centrale di disvalore del fatto.

Ebbene, a sostegno della soluzione del reato di mera condotta si avanzano due argomenti di tenore assai diverso. Anzitutto, si mette in evidenza come il reale disvalore del fatto risiederebbe per l'appunto più nella condotta e quindi nella violazione delle *leges artis* che nell'evento: ciò che si vuole evitare minacciando una pena non è tanto la produzione dell'evento infausto, quanto piuttosto il comportamento negligente del medico. Questa argomentazione, tuttavia non convince, non solo perché ruolo del diritto penale diverrebbe quello di sindacare le scelte diagnostiche e terapeutiche effettuate, con tutto ciò che comporta sotto il profilo dell'incremento delle ipotesi di responsabilità medica e della attribuzione al giudice penale di un potere di valutazione delle scelte terapeutiche che senza dubbio non gli compete (più opportuna quindi una eventuale responsabilità disciplinare per la mera violazione delle *leges artis*); ma anche perché, dalla stessa prospettiva del paziente, il problema di una responsabilità medica, una volta prestato il consenso informato, si pone in presenza di un esito infausto, a conferma della circostanza che ciò che interessa è il risultato che si raggiunge più che il mezzo impiegato.

In secondo luogo, dietro il ridimensionamento del ruolo dell'evento v'è alla fin fine l'idea che la condotta omissiva o colposa del sanitario in realtà non provoca l'evento. Così, anche di recente, non si è mancato di affermare che «il problema del nesso causale in caso di comportamento omissivo del medico è mal posto perché la condotta del sanitario non «provoca» la morte o il peggioramento delle condizioni fisiche del paziente; questi sono gli effetti della patologia, il cui decorso è autonomo rispetto al comportamento del medico che, però, con un opportuno intervento, potrebbe fungere da fattore interruttivo. L'assenza di questo fattore non può però essere definita causale»⁶⁷. Ed ancora, da un altro angolo visuale, si è osservato che «l'omissione non è stata affatto sicuramente causale, ma solo probabilmente causale, per la semplice ragione che qualunque sia la legge di copertura impiegata [...] comunque la giurisprudenza esprime una valutazione che non riguarda la «probabilità» come valore della legge di copertura, ma come valore dell'accertamento storico sulla causalità di una ricostruzione ipotetica: non si sa esattamente che cosa sarebbe successo, sia che si utilizzi una legge di copertura dai coefficienti statistici vicini o superiori al 90% che vicini al 20-40%»⁶⁸.

⁶⁷ E. LANZA, *Il giudizio di causalità per la responsabilità omissiva colposa del medico nelle decisioni della Suprema Corte*, in S. ALEO, A. CENTONZE, F. LANZA, *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007, 184.

⁶⁸ M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e percorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 73.

Ebbene, proprio alla luce dei risultati conseguiti attraverso l'analisi giurisprudenziale, a me pare che la negazione di un nesso tra condotte in cui sono presenti componenti normative ed un determinato evento sia possibile soltanto se si muove da una prospettiva rigorosamente naturalistica, vale a dire da una visione secondo la quale «esiste» soltanto ciò che fisicamente, materialmente (corpuscolarianamente) esiste. Se al contrario, si accetta l'idea di attribuire rilevanza anche a ciò che nella realtà non si è verificato (comportamenti omessi), non c'è dubbio che il paradigma causale muta, dovendo mutare anche il concetto di certezza della imputazione.

Se è vero, alla luce di quanto detto fin qui, che non sembrano esistere ragioni per prevedere una fattispecie diversa da quella di evento già esistente, tuttavia è anche vero che si pone un'esigenza limitativa della responsabilità medica, non solo per ragioni formali di coerenza sistematica, ma soprattutto per ragioni sostanziali strettamente connesse ad alcune particolarità della stessa attività medica. In particolare, sotto il primo profilo della coerenza sistematica, non c'è dubbio che non attribuire rilevanza alla colpa grave in sede penale ha il rischio di una condanna del medico in sede penale per colpa lieve di per sé insufficiente a fondare il risarcimento dei danni in sede civile.

Sotto il secondo profilo, sono due gli aspetti che si devono mettere in evidenza. Anzitutto, non si può trascurare la circostanza che l'attività medica persegue lo stesso obiettivo che persegue il paziente: tutela della salute di quest'ultimo. Detto diversamente il rischio terapeutico è un rischio che si viene a creare per fronteggiare il rischio patologico ovvero il rischio patologico può essere contrastato soltanto producendo quello ulteriore connesso alla attività medica. In secondo luogo, e conseguentemente, proprio perché il rischio terapeutico si innesta sul rischio patologico, si pone l'esigenza di espungere dalla responsabilità sia l'evento derivante dal rischio patologico sia quello derivante dal carattere invasivo della attività.

Ecco allora che, sotto quest'ultimo profilo, potrebbe tornare a giocare un ruolo selettivo il concetto di colpa grave così come elaborato dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 166 del 1973 e strettamente connesso ai problemi tecnici di speciale difficoltà, da intendersi, quindi, come violazione grave delle *leges artis*, in presenza di una situazione particolarmente complessa.

Ma il punto che mi interessa notare è come questo concetto di colpa grave abbia finito per essere assorbito in quello più vasto di misura soggettiva della colpa, allorquando si attribuisce rilevanza a particolari fattori non previsti né prevedibili, la cui presenza ha reso la situazione talmente complessa per cui la violazione «lieve» delle *leges artis* non può fondare una responsabilità del medico⁶⁹.

⁶⁹ Cfr. Cass. 1693/1998, Azzini (rel. Losapio).

SESSIONE POMERIDIANA
Presidenza di Gianfranco Gensini

Discussione e interventi

IL SAPERE SCIENTIFICO E L'INFERENZA CAUSALE

di Rocco Blaiotta

SOMMARIO: 1. Il metodo dell'indagine causale. – 2. Causalità generale e causalità singolare. – 3. Causalità singolare. – 4. I ragionamenti causali. – 5. Il ragionamento esplicativo. – 6. Il ragionamento abduttivo e la probabilità logica. – 7. Il ragionamento predittivo e la causalità omissiva. – 8. La normatività della causalità omissiva.

1. Il metodo dell'indagine causale

Il Convegno fiorentino raccoglie ampi ed approfonditi studi sul tema della responsabilità medica che fanno il punto sullo stato dell'arte e costituiranno sicuramente un utile punto di riferimento per chi, in contesti teorici o applicativi, dovrà confrontarsi con la difficile materia. Chiosare un campo d'indagine così vasto sarebbe impossibile oltre che inutile. Sembra, piuttosto, di poter apportare un contributo proponendo alcune riflessioni in tema di causalità, focalizzate sulle questioni ancora più controverse: l'oggetto dell'indagine, le sue modalità, l'armamentario conoscitivo utilizzabile, le complesse implicazioni soprattutto nell'ambito della causalità omissiva.

Si tratta del tema del metodo che, a ben vedere, si muove attorno a due momenti topici, che nella moderna epistemologia caratterizzano ciascuna disciplina scientifica: l'oggetto, i predicati dell'indagine da un lato ed i criteri operativi standardizzati della ricerca dall'altro.

Si tratta, allora, di partire dall'oggetto dell'indagine che contrassegna il punto di vista da cui ciascuna disciplina guarda la realtà. L'oggetto viene denominato causalità. L'evocazione del termine rischia di aprire uno scenario di una complessità ingovernabile. Esiste una nozione ontologica di causa? Occorre attingere ad essa per definire l'oggetto dell'indagine causale in ambito medico-legale? Per fortuna la risposta è no. Dopo molti affanni vi è un discreto accordo sul fatto che non esiste un'idea universale ed ontologica di causa; che, al fondo, parlare di causalità significa spiegare un accadimento; e che il tipo di spiegazione dipende dal contesto, dal punto di vista da cui l'accadimento viene riguardato.

Se si accoglie questo approccio relativistico, contestuale, considerato che l'indagine causale in medicina legale riguarda un processo, appare chiaro che la definizione dell'oggetto dell'indagine rientra nella sfera giuridica. Per fortuna questo aspetto non è molto problematico. Il diritto ha una sua concezione tradizionale della causalità che è espressa dal modello condizionalistico, la teoria della *condicio sine qua non* o dell'equivalenza causale: come è noto, essa designa come causale una correlazione necessaria, ineliminabile tra una condizione ed un evento. Tale concezione subisce alcuni «temperamenti» (ma l'espressione non rende l'idea della complessa interazione tra profili logico-naturalistici e giuridici) determinati dalle esigenze del diritto, che sono enunciati dalla disciplina della causalità omissiva (art. 40 capoverso c.p.) e della cosiddetta interruzione del nesso causale (art. 41 capoverso c.p.): la spiegazione che interessa al diritto penale è modellata dalla sua funzione, che è quella dell'imputazione, dell'attribuzione di paternità dell'evento.

Se l'oggetto dell'indagine è sufficientemente chiaro, ben più complesso è l'altro problema che riguarda l'individuazione della conoscenza scientifica utile e delle modalità della sua gestione. Qui si sono manifestate storicamente le maggiori difficoltà ed incomprensioni.

2. Causalità generale e causalità singolare

Un utile punto di partenza pare sia costituito dalla distinzione tra causalità generale e causalità singolare. Essa diviene subito chiara se si pensa che vi sono scienze come la fisica e la chimica che sono focalizzate soprattutto sulla ricerca di regolarità nomiche, mentre vi sono campi scientifici ed esperienziali nei quali l'indagine è proiettata verso la spiegazione di eventi concreti: si pensi alla medicina clinica, alla storia, all'indagine giudiziaria.

È diffusa e condivisibile l'idea che causalità generale e causalità singolare siano profondamente diverse ed abbiano bisogno di distinte teorie dell'inferenza. Del primo ambito, quello della causalità generale, il mondo del diritto ha avuto modo di interessarsi approfonditamente nella recente esperienza, particolarmente nell'ambito di difficili processi relativi ad eventi derivanti dall'esposizione a sostanze dannose. Si è trattato e si tratta di comprendere se l'epidemiologia sia in grado di esprimere sicure generalizzazioni causali utili per la risoluzione di questioni relative alla causalità ed alla responsabilità. È così venuto in luce quanto delicato e difficile sia trarre implicazioni causali dall'incremento di frequenza tra categorie di condizioni e categorie di eventi. L'incremento delle probabilità che normalmente accompagna le relazioni causali non sempre si offre quale sicuro fattore di orientamento. Si è compreso che non di rado si presentano fattori di confondimento di

vario genere, che determinano incrementi di probabilità che non hanno significato causale, o che occultano sul piano statistico la relazione causale, o addirittura imprimono alla relazione statistica un segno opposto rispetto a quello dovuto alla relazione causale. Dunque, è apparso chiaro che le regolarità statistiche sono solo un primo, incerto indicatore lungo il complesso itinerario che conduce all'enunciazione di una documentata relazione nomica di tipo causale. Si tratta di questione che ha un interesse di gran lunga superiore a quel potrebbe a tutta prima apparire. Alcuni autori assumono che le generalizzazioni probabilistiche, a causa della loro base meramente statistica, non forniscano la prova certa di una categoria di nessi causali e non siano quindi utilizzabili nell'inferenza causale. L'affermazione non può essere condivisa perché parte dal diffuso assunto che le generalizzazioni causali probabilistiche siano meramente statistiche. Tale premessa, che si rinviene spesso quale base implicita delle riflessioni nella materia, non è fondata. La relazione statistica, cioè l'incremento delle probabilità, è un mero indicatore, un indizio che, come si è accennato, può essere ingannevole per molte, diverse ragioni che qui non possono essere analizzate. Le relazioni numeriche, dunque, devono essere vagliate con approccio scientifico, proprio per stornare il pericolo che fattori di confondimento conducano a conclusioni erranee quanto all'esistenza della relazione causale. È solo all'esito di tale rigoroso vaglio critico che sarà possibile configurare una relazione causale probabilistica. Proprio tale indagine critica costituisce, del resto, la ragion d'essere dell'epidemiologia. Dunque, quando nel prosieguo si parlerà di leggi probabilistiche si farà riferimento a generalizzazioni nomiche causali a base probabilistica; nelle quali, cioè, la relazione causale, per qualunque ragione, non si realizza immancabilmente ma solo in una definita percentuale di casi.

Per fortuna i complessi problemi relativi all'attendibilità sul piano causale delle relazioni probabilistiche riguardano solo indirettamente il giudice; cui evidentemente viene chiesto non di dimostrare regolarità causali ma solo di utilizzarle. È tuttavia importante avere ben chiaro a cosa si fa riferimento quando si parla, sul piano della causalità generale, di causalità probabilistica.

La dimensione probabilistica della causalità generale si mostra con chiarezza proprio nell'ambito delle scienze biomediche, ove si configura spesso una complessa, sottile interazione tra fattori eterogenei, talora di diverso segno, che enfatizza la dimensione processuale, sistemica, della causalità. Ad esempio, l'induzione e lo sviluppo di un'affezione tumorale può dipendere da fattori quali il tipo e l'intensità dell'esposizione ad una sostanza patogena, le condizioni di vita, l'alimentazione, la capacità individuale di riparare le alterazioni del Dna ecc. La variabilità e la complessità processuale di tale genere di fenomeni introduce all'ambito delle valutazioni fondate su informazioni probabilistiche.

Nell'ambito biomedico l'approccio probabilistico (con tutte le cautele e le limitazioni di cui si dirà più avanti) trova una razionale giustificazione a causa della complicata interazione tra vari fattori cui si è fatto cenno: proprio tale intreccio, infatti, spiega perché una «causa» produca determinati effetti solo in alcuni casi e non in modo immancabile. Per tali ragioni – dunque – è razionale parlare di cause anche quando tra i termini della relazione causale non vi è una connessione costante bensì una relazione di tipo probabilistico.

In questo ambito accade anche che l'idea binaria della causalità condizionalistica, l'essere o non essere, il tutto o il nulla, si muove con difficoltà e rischia di non cogliere il senso delle cose. Viceversa, come è stato acutamente osservato, la proprietà di essere causalmente rilevante risulta epistemicamente più fertile, nonché più interessante della proprietà di essere una causa. Essa ammette una gradazione. Inoltre, una volta che si ragiona in termini di rilevanza è naturale considerare, accanto alla rilevanza causale positiva che un certo fattore riveste nei confronti di un altro, anche una rilevanza negativa¹.

Questo stato delle cose non è interessante solo per cogliere lo scenario complesso della causalità. Si tratta anche, per il giurista, di comprendere se, come ed in quali casi il classico modello della causalità condizionalistica possa cedere il passo all'utilizzazione di un'idea di causa intesa come rilevanza, come influenza. Il pensiero corre, come al solito, al rovo della causalità omissiva, ma anche alla causalità nel concorso di persone e nella cooperazione colposa. Questi temi e questi problemi introducono all'ambito della causalità individuale che interessa al giurista.

3. Causalità singolare

Al giudice, come all'investigatore, all'archeologo, allo storico, al medico clinico, non interessa tanto conoscere quali categorie di cause determinino categorie di eventi, quanto piuttosto spiegare l'eziologia di un evento concreto. Nel diritto penale classico, quello dei reati dolosi, questo tema è prevalentemente empirico e si pone in termini non problematici dal punto di vista concettuale: il coltello che penetra nel torace della vittima. La più recente esperienza giuridica relativa ai reati colposi mostra questioni assai più sofisticate: si tratta solitamente di comprendere cosa abbia determinato lo sviluppo di una patologia. Qui è naturale che il giudice debba rivolgersi al sapere scientifico che, talvolta, è in grado di offrire conoscenze generalizzanti di carattere causale: informazioni su ciò che causa l'evento cui ci si interessa. In tali situazioni è di grande

¹ BENZI, *Scoprire le cause*, Milano, 2003, 25.

interesse comprendere come deve procedere il ragionamento causale. È chiaro che è in primo luogo essenziale accertare che le generalizzazioni che si utilizzano, le leggi, siano affidabili ed abbiano un sicuro significato causale. Vi è in proposito un dibattito assai acceso che, tuttavia, può essere messo tra parentesi, visto che qui la riflessione è incentrata sulla struttura logica del ragionamento².

Il vero problema è comprendere se e come le leggi che esprimono solo una relazione probabilistica siano utilizzabili. La questione ha assunto grande interesse nel mondo del diritto poiché una nota scuola di pensiero³ ha affermato con forza che le generalizzazioni probabilistiche non siano utilizzabili, non consentendo di produrre, infine, un'inferenza caratterizzata dalla certezza che costituisce la regola di giudizio del processo penale. Questo autorevole punto di vista ha suscitato grandi incertezze nella giurisprudenza che sono state fugate, almeno nella prassi, solo quando le Sezioni unite hanno espresso al riguardo una meditata, condivisa posizione che non lascia adito a dubbi. La Corte considera utopistico un metodo di indagine fondato su strumenti di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, cioè affidato esclusivamente alla forza esplicativa di leggi scientifiche universali o dotate di un coefficiente probabilistico prossimo ad uno. Tale modello viene ritenuto insufficiente a governare, da solo, il complesso contesto del diritto penale, che si trova di fronte le manifestazioni più varie della realtà. Accade frequentemente che nel giudizio si debbano utilizzare leggi statistiche ampiamente diffuse nell'ambito delle scienze naturali, talvolta dotate di coefficienti medio-bassi di probabilità frequentista; nonché generalizzazioni empiriche del senso comune e rilevazioni epidemiologiche. Occorre in tali ambiti una verifica particolarmente attenta sulla fondatezza delle generalizzazioni e sulla loro applicabilità nella fattispecie concreta; ma nulla esclude che, quando sia esclusa l'incidenza, nel caso specifico, di fattori interagenti in via alternativa, possa giungersi alla dimostrazione del nesso di condizionamento.

Quest'ordine di idee ha stentato e stenta a farsi strada nel mondo del diritto, sebbene sia accettato in ambito epistemologico, ove da più parti si ritiene corretto affermare che un evento è causa di un altro se all'apparire del primo segue con alta probabilità l'apparire del secondo e non vi è un terzo evento che possiamo utilizzare per annullare tale relazione probabilistica.

² Per una efficace sintesi, ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per F. Stella*, Napoli, 2007, 897 ss.

³ STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa, la condizione necessaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 1217; ID., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali, l'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.*, 2005, 1062. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 101.

Sul piano della causalità singolare con altrettanta chiarezza si è notato, in ambito epistemologico, che vi sono casi in cui l'effetto segue alla causa con probabilità che è molto bassa, al punto che nel momento in cui la causa si verifica potrebbe essere prevedibile con alta probabilità l'effetto opposto. In tali casi, anche se non siamo in presenza di una successione regolare causa-effetto, resta pur sempre vero che gli effetti sono regolarmente preceduti dalla causa. In questi casi, dunque, la causa non rende inferibile l'effetto, ma viceversa è sempre inferibile da quest'ultimo: non si tratta quindi di una condizione sufficiente, ma di una condizione necessaria per l'effetto⁴.

Lo stesso ordine di idee viene espresso con maggiore immediatezza quando si osserva che l'asserzione che il morso del mocassino testa di moro è mortale appare ai più compatibile con l'informazione che vi sono persone sopravvissute al morso di quel serpente⁵. Un ragionamento assai simile si rinviene nella riflessione giuridica (incoraggiante conferma!): la relazione causale potrà manifestarsi anche in una percentuale modesta di casi, tanto che se è statisticamente accertato che attraverso il morso di un serpente velenoso muore l'80% dei soggetti aggrediti, non si può negare la causalità tra il morso del serpente e la morte di uno di questi, adducendo che nel 20% dei casi la vittima non muore. In tali situazioni (che sono poi tutte quelle di lesioni o malformazioni conseguenti all'assunzione di un farmaco) occorre considerare che il corpo umano è un organismo altamente complesso e si differenzia da soggetto a soggetto: proprio da tali particolari dipende l'effetto di un medicinale, sia per quanto concerne i suoi effetti collaterali che l'efficacia curativa⁶.

In breve, in presenza di una generalizzazione probabilistica sicuramente causale il coefficiente probabilistico non è davvero importante. Ciò che è veramente cruciale è che non sia alle viste una diversa, plausibile ipotesi eziologica. Il cuore problematico della causalità (degnò di un'ideale vigorosa sottolineatura) è quasi sempre quello della pluralità delle cause. Solo in alcuni casi una categoria di eventi trova la propria radice causale in un unico fattore eziologico (eziologia monofattoriale). Negli altri (eziologia plurifattoriale) la generalizzazione probabilistica costituisce solo un'ipotesi che dovrà confrontarsi in chiave congetturale con le particolarità di ciascun caso concreto che potranno corroborarla o falsificarla⁷.

⁴ PIZZI, *Eventi e cause*, Milano, 1997, 99.

⁵ BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 7.

⁶ MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, Milano, 1999, 98.

⁷ L'utilizzabilità delle generalizzazioni probabilistiche quando sia possibile escludere fattori causali alternativi è ora accolta da diversi studiosi. Per una stringente analisi della questione accompagnata da riferimenti bibliografici, DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006, 112 ss.

Il senso di queste affermazioni deve essere approfondito, non prima di aver sottolineato con forza che le informazioni causali ben possono essere probabilistiche; ma non può esserlo il giudizio finale, che deve attingere il livello della ragionevole certezza. Lungo l'itinerario che conduce dal probabilismo dello scenario causale (la causalità generale) alla certezza del nesso causale nel caso storico si colloca un tema impegnativo, quello dei modelli di ragionamento probatorio.

4. I ragionamenti causali

Proprio la riflessione sugli stili dei ragionamenti causali pone in luce un grave fraintendimento, una confusione di piani, che ha nociuto al dibattito sulla causalità. Si è infatti opinato che il ragionamento causale sia sempre di tipo deduttivo o «quasi deduttivo»; e si è quindi ritenuto che le leggi utilizzabili per le inferenze causali siano solo quelle universali o prossime ad uno, con conseguente esclusione dell'attitudine delle generalizzazioni solo probabilistiche a svolgere un ruolo esplicativo. Tale impostazione costituisce trasposizione in ambito giuridico delle idee della scuola di pensiero neopositivista che, nell'ambito della filosofia della scienza ha proposto un modello esplicativo unitario, di tipo nomologico-deduttivo, pensato per la fisica e di cui si è tentata la trasposizione in altri contesti scientifici⁸.

La teoria è andata incontro a critiche che ne hanno minato profondamente la plausibilità. Davvero in breve⁹, il nucleo di tali censure riguarda proprio il tema di cui qui ci si occupa, quello della identificazione tra ragionamenti predittivi ed esplicativi. Il modello nomologico-deduttivo o statistico deduttivo, infatti, sostiene la simmetria tra spiegazione e previsione, contrassegnate dal medesimo schema logico, dal generale al particolare. Questa sovrapposizione produce alcuni problemi insolubili: la difficoltà di distinguere tra causazione effettiva e causazione apparente; la negazione del vincolo di asimmetria e precedenza temporale della causa; soprattutto le difficoltà della spiegazione quando si sia in presenza di generalizzazioni con basso grado di probabilità. Qui, sebbene la spiegazione probabilistica possa essere plausibile, l'*explanans* conferisce all'*explanandum* un basso grado di prevedibilità. Il problema è che il ricorso allo schema nomologico-deduttivo quale strumento di trasposizione di evidenze statistiche entro l'intima struttura di una spie-

⁸ Per l'applicazione della teoria all'ambito della causalità singolare HEMPEL, *Come lavora uno storico*, trad. it. Armando, 1997 (1977), 76.

⁹ Volendo, sul punto, BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, Milano, 2004, 242 ss.

gazione non vale, infine, a superare un problema che si è già accennato: la misura d'incertezza insita in una proposizione esplicativa di natura probabilistica non può non trasferirsi nelle conclusioni del procedimento inferenziale. Si spiega così la perdita d'interesse del paradigma neo-positivista; che, basato com'è su metodologie di misurazione induttiva nonché sulla logica matematica, appare tanto più inappagante quanto più ci si allontana dalle scienze fisiche, verso ambiti in cui i miti della quantità e della misurazione hanno poco alimento.

Comunque sia su tali questioni generali, pare corretto affermare che nell'ambito di un'inferenza di tipo deduttivo, dal generale al particolare, è di essenziale rilievo il grado di certezza o di probabilità della premessa maggiore, che si trasmette tal quale alla conclusione del ragionamento. Il problema davvero cruciale è, tuttavia, che il ragionamento causale, nell'ambito delle scienze storiche non è quasi mai di tipo deduttivo; e che in realtà i ragionamenti causali sono di due ben distinte categorie.

Da un lato abbiamo i ragionamenti esplicativi, che guardano al passato. Di fronte ad un accadimento ci si occupa di spiegarne le ragioni, di individuare i fattori che lo hanno generato. Lo storico e l'investigatore sono professionisti che regolarmente compiono questo genere di ragionamenti. Ma anche il medico è frequentemente chiamato a spiegare eventi del passato. Il giudice, a sua volta, sviluppa un ragionamento esplicativo quando, per restare al contesto che qui ci interessa, si chiede quali siano state le ragioni dello sviluppo di una patologia che ha condotto all'evento illecito oggetto del processo.

Dall'altro lato si collocano i ragionamenti predittivi, che riguardano la previsione, appunto, di eventi futuri. Tali ragionamenti sono frequenti nell'ambito scientifico: sia in quello sperimentale che in quello applicativo. Infatti la predittività costituisce il fondamentale connotato che caratterizza una legge scientifica e tale attitudine viene quindi sperimentalmente controllata proprio producendo e controllando previsioni. D'altra parte, l'utilizzazione delle leggi scientifiche avviene in campo pratico producendo previsioni, con ragionamento deduttivo che proietta sui casi concreti le informazioni causali che la legge stessa esprime. Tale genere di ragionamento compie, ad esempio, il medico che formula la prognosi di una malattia. Anche il giudice articola particolari previsioni quando si trova a chiedersi cosa sarebbe accaduto se una azione fosse mancata o se, al contrario, fosse stato tenuto un comportamento richiesto dall'ordinamento: si tratta di ragionamenti controfattuali che riguardano, ad esempio, la causalità, o la cosiddetta causalità della colpa.

Orbene, nell'ambito di tali distinti tipi di ragionamento causale differente è il metodo di utilizzazione del sapere scientifico e differente è il peso che vi ha il coefficiente probabilistico che caratterizza le generalizzazioni scientifiche che utilizziamo.

5. *Il ragionamento esplicativo*

Nell'ambito dei ragionamenti esplicativi noi giungiamo ad esprimere giudizi causali sulla base di generalizzazioni causali ed a seguito dell'analisi di contingenze fattuali. Come si è già accennato, il coefficiente probabilistico della generalizzazione scientifica non è davvero importante. Ciò che è invece importante –giovà ripeterlo– è che la generalizzazione esprima effettivamente una dimostrata, certa relazione causale tra una categoria di condizioni ed una categoria di eventi. L'esempio del serpente sopra proposto illumina con forte evidenza intuitiva tale enunciazione.

Per comprendere come, nell'ambito dei ragionamenti esplicativi, noi utilizziamo il sapere scientifico, occorre considerare che, come si è accennato, solo di rado una categoria di eventi trova la radice in un solo fattore eziologico. In tale rara situazione l'inferenza causale non presenta aspetti problematici: accertato che una persona è affetta da asbestosi, si risale con certezza alla causa costituita dall'esposizione protratta all'amianto, visto che è scientificamente certo che tale esposizione è l'unico fattore eziologico che può determinare l'affezione.

Nella maggior parte dei casi, invece, un evento può trovare la sua causa in diversi fattori causali. In tale frequente situazione le generalizzazioni che fondano le diverse categorie di relazioni causali costituiscono nulla più che delle ipotesi causali alternative. Emerge così, come pure si è già accennato, che il problema realmente centrale dell'indagine causale è, nella maggior parte dei casi, quello della pluralità delle cause.

Occorre allora interrogarsi su come noi ragioniamo in tali frequenti situazioni nelle quali si prospettano diverse, alternative ipotesi esplicative. Guardiamo, allora, ai modi del nostro agire ideativo: constatato un evento, noi ci informiamo sulle conoscenze scientifiche che propongono enunciazioni causali ad esso pertinenti; ci guardiamo attorno e ci interroghiamo su quali affidabili generalizzazioni esplicative siano rilevanti nel caso concreto; cerchiamo sul terreno i segni che solitamente si accompagnano a ciascun ipotizzabile fattore causale e la cui presenza o assenza può accreditare o confutare le diverse ipotesi prospettate. Noi, dunque, agiamo in modo congetturale: ciascuna ipotesi causale viene raffrontata in chiave critica con le particolarità del caso concreto che potranno corroborarla o falsificarla.

L'indagine causale è dunque una indagine congetturale, storica che riguarda un caso concreto caratterizzato da specifiche contingenze. Sono queste contingenze, questi segni che possono in alcuni casi risolvere il dubbio consentendoci di selezionare un'accreditata ipotesi eziologica. Così, ad esempio, nel caso di tumore al polmone, che può derivare dall'esposizione al fumo di tabacco e a numerose altre sostanze, l'indagine causale tenterà (probabilmente con esito incerto) di indagare nella vita del paziente per cercare di individuare quale sia stato l'agente patogeno che ha innescato il processo carcinogenetico.

Più precisamente, scopo dell'indagine è la verifica critica in ordine all'ipotesi che riguarda la riferibilità di un evento concreto ad una spiegazione racchiusa nella generalizzazione probabilistica. Si tratta, in breve, dell'abduzione selettiva¹⁰.

Entro questo quadro non riveste decisivo rilievo che la generalizzazione esprima una relazione immancabile tra condizione ed evento o invece solo una relazione di tipo probabilistico: la distinzione tra leggi universali e leggi solo probabilistiche non è pertinente, giacché ambedue possono essere poste alla base della spiegazione di un evento all'esito del ragionamento congetturale cui si è fatto prima cenno. Ed anzi il carattere universale della generalizzazione, l'immancabilità della relazione tra una condizione ed un evento, non è in sé un fattore dirimente. Si pensi, per cogliere subito questo aspetto, alla situazione in cui l'esito infausto può alternativamente derivare da una rara affezione che produce sempre la morte o da altra assai più frequente, che però agisce in modo letale solo in alcuni casi.

Il nostro discorso ha un ultimo passaggio assai arduo: resta da chiedersi a quali condizioni possa ritenersi raggiunta la dimostrazione, in termini di razionale, umana certezza, dell'assunto causale.

In questo interrogativo non vi è nulla di veramente originale. Il giudice, come si è accennato, si trova in compagnia di altri professionisti: storici, medici, detective ed altri ancora. Ebbene, se ci si rivolge alla letteratura semiologica, emerge che le indagini di questi professionisti sono state oggetto di innumerevoli studi, che hanno evidenziato nella semeiotica medica, nell'indagine poliziesca un paradigma indiziario, congetturale fondato, secondo lo stile abduttivo proposto da Peirce¹¹, sul raffronto tra l'ipotesi ed i segni del caso concreto. Si tratta di un universo di riflessioni estremamente stimolanti, che si muovono sul terreno del pensiero ipotetico.

Tuttavia, in tali analisi sarà difficile trovare accenni importanti a ciò che alla fine darà la cosiddetta certezza o la verità oggettiva, o come altro si voglia chiamare quel qualcosa, quell'esito che si cerca nel processo, che tranquillizza la coscienza del giudice e si offre serenamente al giudizio critico. Per dirla in modo teoretico, si tratta di uno stile che si muove sul terreno del pensiero filosofico pragmatista, ove domina una concezione debole di tipo fenomenista ed antirealista: la verità è ciò che funziona.

Chiediamoci se è possibile procedere oltre, anche se di poco. Il fatto è che il giudice svolge un'indagine affine a quella storica. Tuttavia,

¹⁰ Un accenno in tal senso in PIZZI, *Abduzione e serendipità nella scienza e nel diritto*, in *Cass. pen.*, 2005, 234.

¹¹ Su Peirce e l'abduzione, ANTISERI, C.S. *Peirce: la conoscenza come ricerca*, in *Id.*, *Ragioni della razionalità*, Milano, 2005; BONFANTINI, *La semiosi e l'abduzione*, Milano, 1987; PRONI, *Introduzione a Peirce*, Milano, 1990, 66 e 303.

vista la posta in gioco, più dello storico il giudice penale ha l'assillo di perseguire l'obiettivo o forse meglio l'ideale della verità oggettiva, rigorosamente ancorata ai fatti e sorretta da una compiuta argomentazione dimostrativa. Ciò vale a spiegare perché, quando si pongono problemi conoscitivi, il giurista si rivolga istintivamente verso l'epistemologia delle scienze fisiche con la sua incalzante ricerca delle condizioni di scientificità dell'indagine e di 'verità' degli enunciati.

Questo avvicinamento all'epistemologia delle scienze fisiche ci introduce al modello nomologico-deduttivo ed a quello ipotetico deduttivo, prodotti da scuole di pensiero fortemente intrise di realismo, oggettivismo e razionalismo e quindi vicine alle esigenze del giudice ed ai problemi afferenti all'utilizzazione del sapere scientifico.

Del modello nomologico-deduttivo si è detto, tentando di chiarire le ragioni che lo rendono spesso insoddisfacente. Occorrerà dire allora qualcosa in più sul modello ipotetico deduttivo¹². Esso si deve all'opera di Popper e costituisce espressione matura, raffinata del pensiero ipotetico di Peirce e della sua illustre compagnia. Esso trova la sua origine sul terreno della ricerca scientifica pura, con l'istanza di oggettività e certezza di cui si è detto; e connette vigorosamente, in chiave critica, le teorie con i fatti. Il suo aspetto più saliente è il criticismo falsificazionista. L'affidabilità di un assunto è temprata non tanto dalle conferme che esso riceve quanto dalla ricerca disinteressata e strenua di fatti che la mettano in crisi.

Il metodo ipotetico-deduttivo non è però un procedimento caratteristicamente scientifico e neppure caratteristicamente intellettuale. Per dirla con Medawar,

[...] è puramente un contesto scientifico per un molto più generale stragemma, che sta sotto quasi tutti i procedimenti regolativi, o i procedimenti di controllo continuo: precisamente la retroazione (*feedback*), o controllo dell'esecuzione attraverso le conseguenze dell'atto eseguito. Nello schema ipotetico-deduttivo, le inferenze che traiamo da un'ipotesi sono, in un certo senso, il suo logico prodotto (*output*). Se esse sono vere, l'ipotesi non ha bisogno di essere modificata, ma una correzione è d'obbligo se esse sono false. La continua retroazione dall'inferenza all'ipotesi è implicata nella spiegazione del metodo scientifico¹³.

Ogni scienziato scorgerà la struttura intellettuale della ricerca che compie nella rapida alternanza di episodi intellettuali immaginativi e critici:

¹² Volendo, in proposito, BLAIOTTA, *La causalità cit.*, p. 251; ID., *Il realismo critico di K. Popper, un modello di conoscenza oggettiva per il giudizio penale*, in *Cass. pen.* 1997, 3689. Un accenno a tale modello in PIZZI, *Abduzione e serendipità, cit.*

¹³ MEDAWAR, *Induzione e intuizione nel pensiero scientifico*, Armando, 1974, 85, ID., *Difesa della scienza*, Armando, 1978, 36 e 112.

ipotesi e deduzione, feedback e modificazione dell'ipotesi. Tuttavia tale incedere è proprio di quasi tutti i processi esplorativi o investigativi nella vita normale e nella comprensione storica e (si può aggiungere) nell'esperienza giudiziaria. E proprio per enfatizzarne il carattere centrato sui fatti, più che sulle generalizzazioni, dell'indagine storica Popper la definisce situazionale. Dunque, in breve, il modello ipotetico deduttivo è utilizzabile anche nell'ambito dell'indagine storica (*id est* inerente ad un caso singolo).

In questa sintesi sommaria vi è un punto che pare importante: quello della convergenza tra un dato psicologico (l'andamento a *feedback* di congettura e confutazione) ed un enunciato logico (la ripercussione deduttiva della falsità dalla conclusione alle premesse). Si tratta di un dato nuovo, aggiuntivo rispetto alla tradizionale teoria dell'ipotesi, se non altro per l'evidenza che vi assume l'aspetto critico: la teoria (nel nostro caso la teoria del caso concreto) deve confrontarsi con i fatti, non solo per rinvenirvi segni che vi si conformino, ma anche e forse soprattutto per cercare elementi di critica, di crisi. Questo presenta indubbio interesse per il giurista. Un maturo e rigoroso atteggiamento critico assume finalmente non solo una forse stucchevole dimensione eticheggiante ma anche un definito ruolo pratico: non c'è conoscenza senza un sincero, disinteressato desiderio di vedere drasticamente criticate le proprie congetture. La comprensione implica sempre un approccio critico, dialettico. Tuttavia la dialettica non è semplicemente una brillante contesa verbale tra opinioni a confronto sul filo della retorica. Per contro, la dialettica popperiana tende a porre in rilievo qualche specie di contraddizione sia all'interno della teoria, sia soprattutto tra essa e alcuni fatti. Il principio di esclusione delle contraddizioni serve non a ricercare punti di vista che ci consentano di evitarle, ma ad eliminare un'ipotesi insoddisfacente. La dialettica come confronto tra l'ipotesi e i fatti costituisce, forse, l'aspetto più originale e fecondo del pensiero congetturale, ed è di rilevantissimo interesse anche per il giurista. Per il giudice, quindi, senza una serrata ricerca dei fatti ed una rigorosa adesione ad essi non c'è affidabilità del giudizio.

Tutto ciò in certo modo sdogmatizza la procedura di comprensione ed interpretazione dei fatti, consentendo di avvicinarsi, sia pure con prudenza, a generalizzazioni incerte. La congruenza di un'ipotesi non discende dalla sua coerenza formale, o dalla corretta applicazione di schemi inferenziali di tipo deduttivo, bensì dalla aderenza ai fatti espressi da una situazione data. Particolarmente quando (come nel processo penale) è in gioco un'alta posta, anche se si dispone di una regola scientifica o esperienziale affidabile, occorre invece rivolgersi anche ai fatti: non basta attenersi all'affidabilità delle regole, ma esse vanno confrontate con la concreta situazione problematica nella quale vengono utilizzate.

La verifica critica di cui si parla potrà in concreto riguardare nel nostro ambito, ad esempio, il riscontro del dato storico relativo alla effettiva esposizione ai diversi fattori patogeni, o la ricerca di tracce delle sostan-

ze nocive nei reperti biologici; o ancora la ricerca di segni che accompagnano l'azione causale degli stessi fattori.

Questo stile d'indagine, d'altra parte, tenta di rispondere all'obiezione che scorge nel procedimento per esclusione il pericolo di inversione dell'onere della prova. Infatti, il criticismo falsificazionista incorpora la critica basata sui fatti nella struttura del ragionamento esplicativo. Non c'è dimostrazione senza un serrato confronto con le prove, da ricercare con strenuo accanimento: un approccio a cui andrebbe sensibilizzata in primo luogo la parte pubblica del processo penale.

6. *Il ragionamento abduttivo e la probabilità logica*

Il modello di ragionamento probatorio qui sinteticamente proposto si rinviene nella nota sentenza delle Sezioni unite, che evoca da un lato l'abduzione e dall'altro la copiosa caratterizzazione del fatto storico. Raccogliendo accenni sparsi si può individuare nella pronuncia il nucleo del pensiero abduttivo: induzione ed abduzione si intrecciano dialetticamente, l'induzione, cioè il fatto storico, costituisce il banco di prova critica intorno all'ipotesi esplicativa. La prospettiva, come è noto è quella di una ricostruzione del fatto dotata di elevata probabilità logica.

Attorno a questa espressione si sono determinati vari fraintendimenti. Essa è nata nell'ambito del pensiero neopositivista: la constatazione del regolare ripetersi di un fenomeno non ha significato solo sul terreno statistico ma contribuisce ad alimentare l'affidamento sulla plausibilità della generalizzazione desunta dall'osservazione dei casi passati. Si è anche tentato di quantificare formalmente il grado di conferma sulla base della frequenza riscontrate. Tale complessa elaborazione ha subito molte critiche. La più penetrante sembra essere quella che l'ha definita come una tautologia giustificata ma non controllabile¹⁴. La mancanza del momento critico costituito dalla controllabilità rende la probabilità logica uno strumento concettuale euristicamente povero.

Ciò nonostante alcuni studiosi¹⁵ hanno ritenuto che il nucleo concettuale di tale elaborazione possa essere utile nei giudizi della giurisprudenza. Anche qui si è in presenza di una base fattuale o induttiva costituita dalle prove disponibili e si tratta di compiere una valutazione relativa al grado di conferma che l'ipotesi ha ricevuto sulla base delle prove: se tale grado è ritenuto sufficiente, l'ipotesi è attendibile e quindi può essere assunta come base della decisione.

¹⁴ POPPER, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica*, 1956, Trad it. *Il Saggiatore*, 1994, p. 306 ss.

¹⁵ L.J. COHEN, *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano, 1998; BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.

Occorre tuttavia rimarcare che questa valutazione ha un forte contenuto valutativo, è vaga per eccellenza, sfugge ad ogni rigida determinazione quantitativa, manifestandosi con essa il prudente apprezzamento ed il libero seppure non arbitrario convincimento del giudice.

Tale elaborazione, così come accreditata anche dalla pronunzia delle Sezioni unite, è andata incontro ad alcuni inconvenienti. Da un lato essa viene spesso confusa con la probabilità statistica che invece esprime il coefficiente numerico della relazione tra una classe di condizioni ed una classe di eventi ed è quindi scevra dai contenuti valutativi propri della probabilità logica. Dall'altro lato, proprio l'indicato contenuto valutativo, discrezionale, ha aperto la strada a degenerazioni di tipo retorico nell'uso di tale strumento concettuale: si propone una qualunque argomentazione causale e si afferma apoditticamente che essa è appunto dotata di alta probabilità logica, così eludendo l'esigenza di una ricostruzione rigorosa del nesso causale.

Senza dubbio il fattore di discrezionalità insito nel concetto di cui parliamo lo rende particolarmente adatto all'uso giurisprudenziale. Ma è chiaro che ciò può avvenire solo in un modo rigidamente controllato: ed il controllo critico può essere costituito solo da una rigorosa, si vorrebbe dire persino ossessiva attenzione ai fatti ed ai dettagli quali fattori di superamento di ciò che di astratto, retorico, fumoso può esservi in tale elaborazione concettuale. Questo pare possa essere il più utile promemoria per chi è chiamato a farne uso nella prassi. Questa esigenza di concretezza e di attenzione ai fatti, d'altra parte, pare possa essere scorta nella recente giurisprudenza di legittimità.

Per concludere sui ragionamenti esplicativi, occorre solo rammentare che in questo ambito il giudizio controfattuale che viene compiuto per riscontrare il ruolo condizionante della condizione costituita dalla condotta umana è privo di un reale ruolo euristico: si è in presenza dell'analisi in chiave logica di fatti che sono stati già interamente prima ricostruiti.

7. Il ragionamento predittivo e la causalità omissiva

Come si è accennato, il giudice penale svolge ragionamenti predittivi, anche se rivolti al passato, quando è chiamato a rispondere alla domanda sulla evitabilità di un evento, che si colloca a seconda dei casi nell'inferenza causale o in quella sulla causalità della colpa: giudizi diversi fondati su distinte regole di giudizio. Né deve stupire che, con riguardo ad eventi passati, si faccia riferimento all'idea di previsione; giacché essa è caratterizzata dal fatto di inferire, predire l'ignoto dal noto¹⁶.

¹⁶ KENNY, *L'esperto in Tribunale*, in *Responsabilità e diritto*, Milano, 2008, 240.

Il ragionamento predittivo è particolarmente importante nei reati omissivi. Qui la ricostruzione che si è proposta in riferimento ai ragionamenti esplicativi è solo in parte utilizzabile. Occorre dunque chiarire questo parziale mutamento di scenario.

Anche nell'ambito della causalità omissiva noi abbiamo comunque un fatto, una storia, l'andamento di una patologia di cui dobbiamo in primo luogo dare una spiegazione complessiva prima di interrogarci sul ruolo causale dell'omissione che ci interessa. In questa prima parte dell'indagine causale noi utilizziamo il modello esplicativo che abbiamo sin qui esaminato.

Entro il complessivo contesto fattuale così investigato noi dobbiamo inserire la condotta umana doverosa che è invece mancata: si tratta di un giudizio di tipo predittivo, sia pure riferito al passato, si tratta cioè di una prognosi. Noi ci interroghiamo su ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse posto in essere la condotta che gli veniva richiesta. Nei reati colposi, che qui interessano maggiormente, noi collochiamo la condotta diligente che non è stata posta in essere. Si tratta di un giudizio di tipo controfattuale, immaginativo, che deve condurre a rispondere alla domanda causale.

In questo ragionamento insorgono diverse difficoltà. L'omissione costituisce un nulla dal punto di vista naturalistico. Pertanto nel giudizio controfattuale noi inseriamo una condotta astratta, idealizzata; e ciò costituisce un primo motivo di incertezza ed astrattezza del giudizio.

Inoltre, nel contesto in cui ci muoviamo, per prevedere ciò che sarebbe accaduto nel caso singolo, è di grande interesse conoscere cosa accade nei casi simili. Occorre dunque rivolgersi alle generalizzazioni formatesi a proposito del nesso causale che ci interessa. È chiaro che noi utilizziamo queste generalizzazioni in chiave deduttiva ed è quindi corretto parlare, se si vuole, di giudizio nomologico-deduttivo. Naturalmente, proprio perché compiamo un ragionamento deduttivo è assai rilevante il coefficiente probabilistico della regolarità causale. La misura di certezza od incertezza si trasferisce, infatti, dalla premessa maggiore alla conclusione del sillogismo.

Sembrerebbe a tutta prima quindi carente l'elaborazione compiuta dalle Sezioni unite che si sono limitate a riproporre per l'ambito omissivo l'evocazione del ragionamento ipotetico, abduttivo.

Questa critica è stata subito correttamente posta da un epistemologo¹⁷ e da alcuni penalisti¹⁸, con argomentazioni al fondo non molto dissimili. Tuttavia la questione pare più complessa. Infatti, nell'uso dello strumento deduttivo possono insorgere problemi che risultano ben evi-

¹⁷ GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile*, in *Cass. pen.* 2004.

¹⁸ MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.* 2006, 498; VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. mer.*, 2006, 969; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, Milano, 2006, 1994.

denti nell'ambito biomedico. Infatti, spesso non disponiamo affatto di generalizzazioni affidabili. In qualche caso disponiamo solo di lacunose ed anche contraddittorie informazioni statistiche che pomposamente ma erroneamente chiamiamo leggi scientifiche. Anche quando disponiamo di informazioni sufficientemente esaustive, esse hanno carattere molto generale e non appaiono focalizzate sui tratti della specifica vicenda oggetto del processo. Una descrizione dell'evento doverosamente non priva di qualche specificità ci farà trovare di fronte all'assenza di informazioni pertinenti. Ad esempio, sappiamo che una determinata percentuale di persone sopravvive dopo essere stata curata a seguito di infarto del miocardio; ma non sappiamo quale esatto peso vi abbiano i diversi fattori di rischio quali l'età, il sesso, le condizioni generali, e numerose altre variabili individuali. La conclusione è che noi non disponiamo quasi mai di uno strumento deduttivo sufficientemente affidabile.

Tale situazione, a torto o a ragione, apre naturalmente la strada ad un ragionamento probatorio di tipo induttivo, condotto dal giudice sulla base delle generalizzazioni scientifiche disponibili, ma anche delle particolarità del caso concreto. Perciò, ad esempio, nel caso di mancata diagnosi dell'infarto, se il paziente era giovane, l'infarto non devastante, le condizioni generali buone, si può giungere a ritenere che diagnosi e trattamento tempestivi avrebbero evitato l'evento letale. La valutazione finale si esprimerà in termini di elevata probabilità logica, secondo l'insegnamento delle Sezioni unite: è ciò che oggi accade nella prassi.

Tuttavia un contesto di studio e riflessione corale come quello nel quale vengono proposte queste considerazioni incoraggia a guardare le cose con disincanto ed a chiamarle con il loro nome, sia pure con il tono sommesso richiesto dalla consapevolezza della particolare delicatezza e difficoltà del tema: se mettiamo insieme il carattere discrezionale del giudizio di cui si parla e l'assenza di informazioni generalizzanti affidabili appare chiaro che l'evocazione della certezza propria dello statuto condizionalistico della causalità deterministica è, in moltissimi casi, nulla più che un artificio, una declamazione retorica. In realtà la valutazione che noi compiamo è di tipo probabilistico e l'unica cosa che possiamo fare per limitare gli arbitri è pretendere che l'indagine causale di tipo induttivo sia molto concreta, approfondita, ancorata ai fatti investigati a fondo. In questo senso si è ripetutamente espressa recentemente la giurisprudenza di legittimità¹⁹.

In conclusione, cosa è accaduto? Le Sezioni unite si sono trovate di fronte ad un immane problema, allo stesso tempo teorico ed applicativo: rispondere alla domanda sul carattere condizionalistico della causalità

¹⁹ BRUSCO, *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 1875.

omissiva proponendo una soluzione rispettosa dei principi, ed al contempo tale da rendere concretamente percorribile il relativo itinerario probatorio. La soluzione proposta è stata davvero brillante: la causalità omissiva è pur sempre condizionalistica, ma il giudizio di certezza del ruolo salvifico della condotta omessa presenta i connotati del paradigma indiziario, si fonda sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e culmina nel già detto giudizio di elevata probabilità logica. Insomma, le incertezze alimentate dalle generalizzazioni probabilistiche possono essere superate nel crogiolo del giudizio focalizzato sulle particolarità del caso concreto, quando esso può essere espresso in termini di elevata probabilità logica. È il piano processuale²⁰ che, richiedendo un approccio valutativo, consente di metabolizzare, per così dire, la misura d'incertezza che (occorre dirlo a chiare lettere) residua quasi immancabilmente nei giudizi della giurisprudenza nell'ambito della responsabilità medica: il tramite è costituito dal concetto di probabilità logica che, come si è visto, è ontologicamente vago e non consente rigide quantificazioni numeriche. Insomma, l'ideale della certezza risulta cautamente, ed in modo inespresso, approssimato; ed assume una latente impronta probabilistica. Tale soluzione ha l'indubbio pregio, sul piano applicativo, di rendere praticabile il giudizio d'imputazione dell'evento, allontanando, nell'attuale stato della legislazione, la prospettiva di indiscriminata impunità anche per condotte gravemente trascurate e dannose, che inevitabilmente, oltre a tutto il resto, indurrebbero il medico a preferire condotte improntate a rifiuto dell'attività terapeutica più impegnativa.

Ma quando, come in questa analisi, si affronta il mare aperto di una discussione senza scialuppe di salvataggio di tipo argomentativo, occorre dire le cose con la chiarezza che consente l'esercizio della critica: neppure l'indagine più serrata ed onesta da parte di un giudice indipendente ed esperto, assistito da un perito avveduto, consente di superare la misura d'inevitabile incertezza insita nel controfattuale della causalità omissiva.

Si pone, allora, un interrogativo logico, reso tanto più stringente se si considera la causalità omissiva non è naturalistica ma, appunto, logica. Esso trova la sua base nella considerazione che non esiste un'idea ontologica di causa, e che essa costituisce piuttosto uno strumento euristico, sicché risulta irrazionale proporre una definizione che non sia coerente con gli scopi dell'indagine e che non trovi consonanza con il genere di conoscenze esistenti nel contesto in cui trova applicazione.

La domanda è allora: ha senso proporre nell'ambito dei reati omissivi un'idea di causa di tipo condizionalistico che non può essere in concreto dimostrata nel giudizio? È razionale chiedere un metro logico costituito dal

²⁰ In proposito, CANZIO, *La causalità tra diritto e processo penale: un'introduzione*, in *Cass. pen.* 2006, 1971.

controfattuale attestato sulla regola assai impegnativa dell'umana certezza, quando l'astrattezza dell'operazione logica e l'assenza di generalizzazioni universali escludono che il traguardo epistemico possa essere raggiunto ?

8. *La normatività della causalità omissiva*

Ma la causalità omissiva propone ulteriori interrogativi di carattere squisitamente normativo. Vi sono casi in cui la condotta richiesta all'agente non è idonea ad elidere il rischio, ma solo a diminuirlo. In tali situazioni potrebbe apparire incoerente richiedere, per addivenire all'imputazione dell'evento, la prova (qui davvero impossibile) di un ruolo certamente salvifico dell'atto mancato.

D'altra parte, nelle generalizzazioni statistiche che si sono prima evocate sono compresi casi in cui l'insuccesso della terapia è dovuto ad errore medico o a comportamento inappropriato della vittima; ed è quindi lecito chiedersi, visto che si è in presenza di un criterio normativo d'imputazione, se l'agente trascurato possa invocare a proprio favore il coefficiente numerico di insuccesso dovuto a tali ragioni.

Questi interrogativi, come si vede, attengono più al piano della responsabilità che a quello della causalità. Essi ci mostrano, da un altro punto di vista, che l'approccio statistico-probabilistico all'inferenza nella causalità omissiva non è soddisfacente.

Occorre allora concludere che l'imputazione del fatto nella causalità omissiva non è in realtà condizionalistica, sia che si utilizzino generalizzazioni probabilistiche in modo deduttivo, sia che esse vengano integrate in un ragionamento induttivo? La risposta è che effettivamente non lo è, se si pensa alla causalità condizionalistica accertata con il canone della ragionevole certezza.

Allora, le soluzioni sono astrattamente almeno tre. Rinunziare allo strumento punitivo del reato omissivo di evento; pensando semmai a congegnare reati di pericolo. Oppure accontentarsi della situazione presente, in cui la certezza è frutto di una discrezionale approssimazione di tipo valutativo, una sorta di probabilità della certezza; limitandone l'arbitrarietà con la pretesa di un'indagine attenta ai fatti ed alle contingenze del caso concreto. Infine, ritenere che la causalità omissiva non sia condizionalistica.

L'ultima tesi è sorretta da alcuni argomenti. Si può provare ad enunciarli.

Affermare che la causalità omissiva ha caratterizzazione spiccatamente normativa significa anche accettare la possibilità che essa non sia collocata nella dimensione condizionalistica. In breve, nell'ambito omissivo non solo il condizionalismo non è concretamente praticabile sul piano euristico; ma non è neppure desiderabile sul piano del giudizio di responsabilità personale, alla luce degli interrogativi che si sono sopra propo-

sti. Per questo non è irragionevole né iniquo pensare ad un'imputazione esplicitamente non condizionalistica, magari attestata su uno standard di normalità dell'effetto salvifico.

D'altra parte quella di causalità non è un'idea preconstituita, ontologica; essa, come si è accennato, costituisce piuttosto un concetto euristico, da modulare in relazione alle conoscenze ed ai bisogni del campo in cui si agisce.

In un contesto probabilistico, come si è pure accennato, è accettabile e realistica l'idea della causalità come influenza, come significativa interazione. Essa considera fattori operanti sicuramente all'interno del processo causale svolgendovi un ruolo anche importante, senza che tuttavia ne possa essere predicata la decisività, la ineliminabilità ai fini della spiegazione dell'evento. Intesa in questo modo, sovente, la causalità non manca: l'omissione della terapia dell'infarto ha normalmente un'influenza fortemente negativa sullo sviluppo della patologia.

Resta da chiedersi, infine, se un approccio di tale genere sia accettabile codice penale alla mano. La risposta che qui si propone è che, alla luce di quanto sin qui brevemente esposto, appare plausibile affermare che il verbo «impedire» che compare nell'art. 40 capoverso c.p. ha il significato di compiere le azioni che hanno concreta significativa possibilità di evitare l'evento.

Il tema, evidentemente, è fin troppo delicato e sollecita una riflessione più approfondita e corale. Qui è solo possibile rammentare che la riflessione giuridica ha nel passato prospettato l'idea che la cosiddetta causalità omissiva sia in realtà una tecnica di imputazione oggettiva dell'evento escogitata per far fronte alle specifiche esigenze della responsabilità penale²¹. Si è pure osservato che la struttura probabilistica della spiegazione nell'omissione apre la strada alla valorizzazione, in contesti probabilistici come quello della responsabilità medica, al paradigma della mancata diminuzione del rischio che potrebbe sostituire od integrare la formula condizionalistica con elementi prognostici²².

Il tema è stato autorevolmente ripreso nella riflessione giuridica più recente con argomenti che, se non si erra, rendono non priva di plausibilità e soprattutto non eretica l'imputazione non condizionalistica nella causalità omissiva²³.

Tali riflessioni si saldano con altre, recentissime, che ci giungono dalla riflessione epistemologica²⁴: ciò che il codice intende verosimilmente

²¹ FIANDACA, voce *Causalità*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 119 s.

²² PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821.

²³ ROMANO, *Nesso causale*, cit., 911 s.

²⁴ PIZZI, *Cause e cause omissive*, in *Cass. pen.*, 2009, 1306.

dire con l'art. 40 capoverso è che il medico, non avendo fatto ciò che è doveroso fare, è responsabile o corresponsabile dei danni che provengono dal mancato intervento. E ancora, vi è differenza logica tra causalità e responsabilità e può esserci causazione senza responsabilità e responsabilità senza causazione.

A tali considerazioni se ne può aggiungere un'ultima. Il modello non condizionalistico, se gestito in modo avvertito e responsabile, condurrebbe nella prassi a risultati non diversi da quelli che si riscontrano nell'attuale esperienza giurisprudenziale. Esso, se attestato su uno standard ben definito, potrebbe forse aiutare ad evitare la deriva retorica cui si è sopra fatto cenno; e consentirebbe comunque di chiamare le cose con il loro nome.

Il tema della causalità omissiva è davvero arduo e non manca la consapevolezza, nello scrivente, che sono in gioco questioni e principi di vitale importanza per il diritto penale. Tuttavia, il tono garbatamente cauto e problematico che accompagna le recenti, profonde riflessioni di cui si è da ultimo dato brevemente conto mostra che si tratta di questioni sulle quali è consentito l'esercizio indipendente del pensiero razionante. Si confida che le riflessioni prospettate dallo scrivente vengano intese come un contributo davvero sommo, accompagnato dalla speranza di sollecitare l'apporto di chi ha maggiore dottrina e più profonda visione delle cose.

LA RESPONSABILITÀ NELLE ATTIVITÀ MEDICHE

di Antonio Panti

In un convegno di giuristi l'intervento di un medico non può che essere dedicato a illustrare il punto di vista professionale sul tema generale degli errori in medicina, un tema che impegna la sanità in tutti i paesi e che va ben oltre, nell'interesse dei pazienti, ai fatti penalmente rilevanti. Premetto quindi due considerazioni. La prima: il problema degli «errori medici», della cosiddetta *malpractice*, sta turbando i medici, protagonisti della nuova condizione di essere oggetto di richieste di risarcimento o di contenzioso giudiziario. I medici sentono minacciata la loro autonomia professionale, quale posizione di garanzia per il paziente, e percepiscono quasi una diminuzione del prestigio di cui hanno sempre goduto a causa dell'aiuto offerto nella sofferenza. Nasce così la medicina difensiva, che preoccupa gli amministratori che ne avvertono la dannosità per l'assistenza e per le scarse risorse disponibili nella sanità. Il Sottosegretario Fazio ha prudenzialmente stimato in circa il 15% della spesa sanitaria (oltre 15 miliardi di €, rispetto ai 106 miliardi di spesa sanitaria pubblica nel 2007) gli oneri derivanti da accertamenti richiesti in vista di eventuali contenziosi.

Nel processo decisionale medico sono presenti sia variabili cognitive che contestuali inerenti la disponibilità di strumenti o la peculiarità del paziente. A queste si aggiungono variabili economiche derivanti dai costi delle decisioni e altre inerenti il rischio di subire richieste risarcitorie. È questa la medicina difensiva che si definisce «positiva», quando si aumenta la richiesta di prestazioni in ciascun singolo caso, oppure «negativa», quando si allontanano i casi a maggior rischio di errore. In Italia non esistono ricerche approfondite, escluso una recentissima dell'Ordine di Roma che dimostra come il medico abbia una percezione del rischio giudiziario assai maggiore della realtà, certamente per il peso di una pressione mediatica che ne influenza il comportamento. Secondo questa ricerca una percentuale variabile tra il 70 e il 90% dei medici (in particolare in chirurgia, ostetricia, pronto soccorso e medicina generale) ha talora richiesto prestazioni per cautelarsi rispetto a possibili guai assicurativi, temendo, ove fosse stato omesso quell'accertamento, di essere più

esposti al contenzioso. In Italia, rispetto agli USA, sembra assai minore il fenomeno del *patient screaming*, cioè l'evitamento del caso difficile.

La medicina difensiva rappresenta una inaspettata anomalia della pratica medica che oggi sempre più ricerca la «appropriatezza», cioè un'elevata attenzione qualitativa alla prestazione mediante la cosiddetta «medicina basata sulle evidenze», e quindi fonda le decisioni su prove di efficacia. Talora la causa di richieste di accertamenti risiede nel timore di un rischio per il medico, il contrario della cosiddetta «gestione del rischio clinico», volta invece a garantire la miglior sicurezza del paziente rispetto ai possibili incidenti insiti nella estrema complessità della medicina moderna.

Prima di entrare nel merito si impone una seconda considerazione. Oggi i medici sono quasi tutti dipendenti o convenzionati, incardinati nel servizio pubblico. L'indipendenza che i medici riaffermano è libertà di giudizio, nell'esclusivo interesse del paziente. La medicina è atto individuale nella relazione tra medico e paziente, fondamento e cardine della prassi medica, ma l'esercizio professionale si svolge sempre all'interno di percorsi assistenziali complessi, ove cooperano molteplici professionalità e discipline. Il medico ne è il leader, ma l'organizzazione ne condiziona i risultati, la dotazione e la funzionalità degli strumenti è essenziale, il lavoro in gruppo prassi ineludibile; la responsabilità del singolo è nei fatti difficilmente definibile. Inoltre l'organizzazione del servizio (la filiera decisionale dal direttore sanitario a quello di unità operativa semplice) ha responsabilità nella causazione di eventi avversi anche attraverso il meccanismo dell'assegnazione, all'interno di ciascuna procedura, di compiti ai singoli operatori. Il concetto di responsabilità medica è molto vasto perché testimonia ancora, all'interno del rapporto di cura, il senso profondo di un'autentica relazione tra medico e paziente, piuttosto che l'emergere di aspetti contrattuali. Tuttavia la responsabilità oggettiva si sposta, nei moderni complessi sistemi di cura, verso l'organizzazione, dal momento che il percorso di cura è affidato a equipe multiprofessionali e pluridisciplinari, secondo protocolli e linee guida in cui ogni professionista, medico e non medico, opera sempre secondo modalità coordinate e correlate.

Un'ulteriore premessa: purtroppo sui cosiddetti «errori medici» si sono costruite campagne di stampa cervelotiche. «Una strage di pazienti per gli errori dei medici» titolava a quattro colonne un servizio sull'argomento uno dei maggiori quotidiani italiani. Sono estrapolazioni ipotetiche, lontanissime dalla realtà che, tuttavia, gettano discredito sui medici, generano *burn out*, cioè disamore per la professione, e favoriscono la medicina difensiva.

I dati certi in nostro possesso, purtroppo solo la Toscana e la Lombardia dispongono di flussi informativi affidabili, non sono molti. Farò riferimento ai dati del servizio sanitario toscano, raccolti dal Centro Regionale per la Gestione del Rischio Clinico e per la Sicurezza del Paziente (Cgrc), unico

in Italia. Le richieste di risarcimento sono circa 1500 ogni anno, circa 14 ogni 10.000 ricoveri. Qualche discrasia dipende dalla lieve differenza tra sinistri denunciati e quelli accaduti nello stesso anno. Vi sono certamente eventi avversi che non sono stati oggetto di richiesta risarcitoria ma il trend sociale fa pensare che il loro numero non modifichi sostanzialmente il quadro. La distribuzione degli importi liquidati per gravità mostra che il 57,2% dei danni si colloca al di sotto di 5000 € e quelli di importo inferiore a 50.000 € rappresentano il 93% dei casi. I rarissimi fatti gravi tuttavia finiscono sulla stampa e in lunghissimi procedimenti penali; nessuno darà notizia dell'eventuale assoluzione del medico.

È interessante confrontare le stime del Ministero della Salute con i dati toscani. Risalta l'enormità della spesa assicurativa pubblica, cui deve aggiungersi la quota versata dai medici per assicurare la colpa grave. Risalta la ingente entità delle riserve e, più che altro, la differenza tra la somma dei premi versati e quella degli importi liquidati più le riserve. Nel 2004 risultano erogati dal servizio sanitario nazionale quasi 540 milioni di € in premi assicurativi. Nel periodo 2003/07 l'onere per premi assicurativi delle Asl toscane si situa intorno ai 45 milioni di € per anno. La somma delle liquidazioni e delle riserve non ha mai superato i 18 milioni di €. Come si giustifica questa differenza? Infine non è irrilevante per i cittadini che anche i casi risolti in sede assicurativa si trascinano per più anni. Un danno ulteriore rispetto a quello già subito. In 5 anni il numero dei sinistri non conclusi entro l'anno dalla denuncia è quasi raddoppiato.

Infine meno del 20% dei sinistri finiscono dal magistrato, il 15% in civile il 4% in penale. Circa 300 casi ogni anno in Toscana; non pochi e con tendenza in aumento. Le specialità più esposte a richieste risarcitorie sono l'ortopedia, la chirurgia, la ostetricia, la medicina d'urgenza; ovviamente le compagnie assicurative richiedono agli specialisti premi più onerosi che, nella professione privata, si traducono in aumento degli onorari. La distribuzione dei sinistri pone al primo posto l'errato intervento e, subito dopo, le cadute, poi l'errore diagnostico e terapeutico.

Qualche ulteriore considerazione si impone: due fenomeni caratterizzano i sistemi sanitari moderni, la numerosità delle prestazioni e la complessità delle attività. La possibilità di un evento aumenta con la grandezza della popolazione di riferimento. La Toscana ha 3.600.000 abitanti; ogni anno si registrano circa 700.000 ricoveri ospedalieri, circa 1.500.000 accessi al pronto soccorso, circa 400.000 interventi di emergenza territoriale, circa venti milioni di prestazioni specialistiche e quasi altrettanti di medicina generale. La spesa sanitaria pubblica supera i 7 miliardi di €. Ancor più rilevante è l'estrema complessità di qualsivoglia percorso assistenziale necessario anche nella casistica più semplice. In un piccolo ospedale si eseguono decine di migliaia di procedure diverse. Nessuna impresa industriale ricorre a tante «catene di montaggio» per ottenere il prodotto finale, nel nostro caso la diagnosi e la terapia che produca i migliori risul-

tati per il paziente. Insistiamo su questi aspetti perché i vertici dell'azienda sanitaria sono corresponsabili, con le loro scelte sulla dotazione e turnazione del personale, sulla assegnazione delle risorse e sull'organizzazione ambientale, della riuscita di tutte le singole prestazioni che nell'insieme vanno a comporre il percorso assistenziale di ciascun paziente.

Una breve digressione. Negli anni sessanta la mortalità per parto (entro cinque giorni per cause legate al parto) era di 150 donne ogni 100.000 parti (dati Istat); da oltre 10 anni l'Italia è allineata con i migliori servizi sanitari del mondo e la mortalità per parto è di 3 donne ogni 100.000 parti. Standardizzando i dati su 600.000 parti, negli anni sessanta si perdevano ogni anno 900 donne, oggi 18; una diminuzione di cinquanta volte, un risparmio incredibile di vite in così pochi decenni. Un vero miracolo della scienza medica. Al di sotto di questi risultati la medicina per ora non è in grado di scendere perché non può prevedere e curare alcune complicazioni, con nessun mezzo disponibile. Tuttavia allora la morte per parto era considerata una fatalità accettata dalla società e dalla magistratura; nei casolari sperduti si partoriva con la sola levatrice che nessuno chiamava in giudizio. Oggi quasi tutti i ginecologi coinvolti in simili tragici eventi ricevono almeno un avviso di garanzia.

Tuttavia gli incidenti accadono; talora sono realmente delle «fatalità», talora sono attribuibili a errori del medico. Secondo il Ministero della Salute e la moderna ergonomia gli «eventi inattesi durante un processo assistenziale che provocano danni e sono prevenibili» possono derivare da errori individuali del medico, cognitivi o per violazioni di regole, ma nella massima parte dei casi (l'85% secondo i dati della Asl fiorentina) sono errori organizzativi, cioè possono essere scoperti e non reiterati attraverso procedure di *risk management* cioè di gestione del rischio connesso con qualsiasi procedura clinica. Occuparsene, scoprirli e evitarne la ripetizione è garanzia per la sicurezza del paziente. L'articolo 14 del Codice di Deontologia Medica, approvato nel dicembre 2006, si intitola «sicurezza del paziente e prevenzione del rischio clinico». È ben chiara ai medici una sorta di regola cautelare, propria anche del diritto. Il rischio connesso a ogni atto medico (pensiamo alla rarissima ma grave e imprevedibile allergia al paracetamolo) deve essere inferiore al rischio connesso colla patologia. Talora il bilanciamento non è semplice, ecco l'importanza dell'informazione completa e del consenso. Tuttavia molti rischi possono essere evitati con precise misure precauzionali, quando non siano legati a difficoltà intrinseche al caso ma alla inadeguatezza organizzativa o alla violazione di norme. Tuttavia, che fare quando si sta per perdere il malato in attesa che tutto sia in regola? A differenza del diritto che si fonda sulla ponderata riflessione, l'agire del medico spesso costringe a decisioni probabilistiche in tempi ristrettissimi.

Il Codice Deontologico è fonte normativa minore, tuttavia citato nelle sentenze della Cassazione. Quindi ne puntualizziamo alcuni concetti. Scopo

precipuo del medico è il miglioramento della qualità delle cure: a tal fine deve rilevare, segnalare e valutare gli errori. Dal momento che dalle sue segnalazioni possono emergere fatti che potrebbero portarlo in tribunale, prevarrà l'interesse del medico o quello del paziente? Il medico, comunque, deve utilizzare ogni strumento conoscitivo disponibile e mettere in atto i comportamenti utili ad evitare la ripetizione di errori, sia che questi abbiamo causato eventi avversi sia che non abbiano provocato alcun danno, col fine di impedire che un comportamento errato ma prevenibile possa infine provocare il danno finora scongiurato. Il Codice sottolinea come questi strumenti di indagine debbano essere riservati, alla stregua di quanto accade in moltissimi paesi dove esistono leggi ad hoc (dalla Danimarca agli USA a molti altri). In un sistema giuridico come il nostro, portare a superficie i rischi è aiutare i pazienti o autolesionismo? La giusta punizione dei colpevoli può trovare bilanciamento con la prevenzione dei rischi insiti nei processi assistenziali complessi della medicina moderna?

Indubbiamente nell'agire medico sono insiti molteplici rischi, alcuni connessi alla peculiarità di ciascun paziente e ai possibili eventi avversi legati alla terapia; altri connessi con la continua innovazione tecnologica e scientifica che offre soluzioni sempre più tecnicamente ardue; altri, infine, frutto di errori cognitivi o latenti (organizzativi). La loro valutazione è imperativo morale per i medici che debbono interessarsi degli eventi gravi ma ancor più delle azioni insicure, dei *near misses*, la cui correzione può evitare danni futuri che, invece, grazie a questo impegno, non si verificheranno. Tutte le indagini svolte nel mondo danno lo stesso risultato: per ogni mille azioni insicure, risolte sul momento dal personale impegnato, cento provocano lievi incidenti, dieci danni gravi, una sola è mortale. L'errore, secondo James Reason, forse il maggior esperto in ergonomia medica, «mostra il fallimento di un'azione pianificata per raggiungere uno scopo desiderato», in questo caso la migliore cura per il paziente. L'errore medico ha interesse assicurativo quando provoca un danno che il medico avrebbe potuto evitare. Su questo tripode, danno, causa, negligenza, si fonda la responsabilità del singolo. Ma, come abbiamo già detto, l'azione fallisce per lo più per problemi organizzativi, di alterazioni, sconnessioni, inadeguatezze, incoerenze, nelle procedure assistenziali. Allora colpa e responsabilità perdono molto della loro pretesa intersezione.

Un'altra digressione è inevitabile. Anche in recentissime sentenze l'infermiere è definito come «ausiliario», capace solo di atti delegati, la cui responsabilità in vigilando resta tutta del medico. Non spetta a me ricordare la legislazione vigente sulle professioni sanitarie, non più ausiliarie né soggette a mansionari, bensì composte da laureati che, nel caso delle scienze infermieristiche, «svolgono con autonomia professionale attività dirette alla prevenzione, alla cura e alla salvaguardia della salute individuale e collettiva» come recita la l. 251/00. Si discute ormai di specializzazioni universitarie infermieristiche e moltissime prestazioni sono svolte

da infermieri, ostetriche o altri laureati, in autonomia gestionale, sia pur sulla base di idonei percorsi formativi e di protocolli condivisi. Ricordo l'infermiere di triage nel pronto soccorso, le ambulanze infermieristiche del 118, il parto fisiologico, i compiti degli infermieri nel territorio o in terapia intensiva e molte altre situazioni di cura. Mantenere la responsabilità unica del medico in servizi di pronto soccorso cui accedono oltre duecento pazienti al giorno (oltre sessantamila all'anno) è impensabile anche perché si sottrarrebbe il medico a prestazioni importanti per impegnarlo nel togliere un tappo di cerume. L'adeguamento della giurisprudenza alla realtà sanitaria è ineludibile.

Ma un punto nodale in tema di rischio clinico è rappresentato dagli «eventi sentinella» che, secondo la definizione del Ministero della Salute, è «un evento avverso di particolare gravità, potenzialmente indicativo di un serio malfunzionamento del sistema». Il Ministero, in linea con le indicazioni dell'Oms, impone, al verificarsi di una di queste evenienze, un'indagine immediata cui far seguire l'adozione e il rafforzamento di misure preventive. In Italia vi è un settore del Ministero della Salute dedicato al rischio clinico, mentre in molti paesi esistono strutture indipendenti come l'inglese Nice (National Institut for Clinical Excellence) o l'americana Jhco (Joint Health Commission for Clinical Organization). In pratica tutti gli «eventi sentinella», secondo la classificazione ministeriale, ripresa da quella dell'Oms, dal suicidio del paziente, al materiale lasciato all'interno del sito chirurgico, alla morte imprevista a seguito di intervento, possono essere potenziali reati procedibili d'ufficio.

Questi organismi dedicati alla sicurezza del paziente agiscono sul piano formativo, organizzativo, tecnologico e di controllo per ridurre il rischio clinico: ridurre, perché l'eliminazione ne è tecnicamente impossibile. Non a caso la più importante pubblicazione del Governo Usa sull'argomento si intitola «to err is human». E in realtà la sanità, come ogni sistema procedurale, ha molte difese ma anche smagliature o buchi; gli incidenti sono molto rari rispetto ai rischi (1 su 1000, secondo gli studi più aggiornati) perché le reazioni del personale e del sistema fanno sì che non sia molto probabile che, per errori attivi o —meglio— per l'emergere dei fattori latenti, le smagliature si allineino in modo da consentire il passaggio di un vettore negativo. Le organizzazioni internazionali della sanità considerano la prevenzione dei rischi, cioè il *clinical risk management* quale componente essenziale di quello che viene chiamato «governo clinico».

In passato il ruolo dei medici e degli amministratori nelle organizzazioni sanitarie era ben distinto. Oggi sia gli uni che gli altri sanno che è possibile conseguire finalità comuni (le migliori cure per il paziente) solo se si concerta tra tutti gli attori l'organizzazione del servizio e si concorda all'interno di una cornice comune (le risorse disponibili) l'assegnazione delle strutture, delle tecnologie, del personale, garantendo innovazione

e, più che altro, uguaglianza di trattamento per ogni paziente. Secondo il Ministero della Sanità inglese il governo clinico è uno strumento per favorire il continuo miglioramento della qualità del servizio, creando un clima in cui possa fiorire l'eccellenza delle cure. Ebbene una funzione integrale del governo clinico è la gestione del rischio cioè la capacità di diminuire la probabilità di incorrere in un errore umano. Uno dei principali strumenti di governo clinico è l'audit. Questo, secondo la definizione del Nice, è «un processo di miglioramento della qualità finalizzato a migliorare i servizi sanitari tramite la revisione sistematica dell'assistenza rispetto a criteri espliciti e l'implementazione del cambiamento».

L'audit si svolge secondo procedure codificate dall'ergonomia, all'interno del gruppo di lavoro interessato all'esame della criticità, sotto la guida di un esperto esterno e deve essere attuato ogni volta che si debba prevenire oppure si sia concretizzato un evento avverso, tanto più se si tratta di evento sentinella, in modo da capirne la genesi e di adottare le opportune azioni di cambiamento. Sono evidenti le differenze tra audit, inchiesta interna dell'azienda e inchiesta giudiziaria, che tutte possono conseguire a un evento avverso. Nell'audit non si debbono stabilire responsabilità ma solo individuare criticità per correggerle. Le finalità della medicina e del diritto, per quanto siano diverse, debbano convivere perché si propongono scopi ugualmente importanti per la tutela dei cittadini e della società. Finora il problema ha avuto scarsa risonanza perché l'Italia, rispetto agli altri paesi occidentali, è in ritardo nelle procedure per la gestione del rischio clinico. A parte qualche iniziativa in alcune Asl emiliane o lombarde, solo in Toscana esiste un centro regionale con una pratica consolidata nella gestione degli audit clinici. Tuttavia in Toscana si sono già create incomprensioni con i magistrati inquirenti che è necessario dissipare.

A questo punto è possibile formulare qualche proposta. La medicina ha raggiunto traguardi impensabili ma, nello stesso tempo, ha creato illusioni e delusioni che i mass media hanno enfatizzato. Così i medici vivono una professione in cui si ripongono speranze estreme e dalla quale si hanno risposte formidabili ma che può condurre anche sul banco degli imputati. E i medici, in caso di sospetto errore, si trovano davanti non solo i problemi assicurativi ma, talora, quelli del giudizio civile e penale, accompagnati sempre da procedimenti disciplinari aziendali e ordinistici. Cinque tipi di giudizio da affrontare; il *burn out* ne è conseguenza inevitabile. Il costo in denaro e in perdita di fiducia per la sanità che deriva dal vigente sistema di risarcimento del danno è pesantissimo e poco utile sia ai pazienti che ai medici. Occorre individuare soluzioni che restituiscano serenità al medico mentre svolge la sua delicata missione.

Infine occorre avere ben presente che un sistema di gestione del rischio che fondi il suo approccio col paziente e con i familiari sulla trasparenza, sulle doverose scuse e sulla garanzia che il sistema sta imparando dagli errori, limita molto il contenzioso. I medici esperti sanno che i pazienti

per lo più si appagano col «sapere quel che realmente è successo» e con la offerta di scuse nonché con la garanzia che il sistema potrà cambiare. Un confronto chiaro e sereno blocca sul nascere gran parte della litigiosità. Non tutta però, e quindi occorre affrontare alcuni nodi, raccordandone la soluzione ai moderni sistemi di tutela della sicurezza del paziente. A parere degli Ordini dei Medici è indispensabile ripensare il concetto di colpa medica, favorire soluzioni extragiudiziarie del contenzioso, riflettere sulla qualificazione dei periti e chiarire le differenze tra inchiesta giudiziaria e audit clinico. Nessuno vuol diminuire il livello di tutela giuridica del cittadino; però si dovrebbero individuare nuovi assetti, capaci di rispondere all'organizzazione della medicina moderna, limitando il ricorso dei medici alla medicina difensiva e tentando di contenere i costi assicurativi della sanità. Riflettiamo sul fatto che la carenza di fondi limita l'offerta di cure innovative.

Il sistema risarcitorio sembra dominato da una sorta di aggressività poco produttiva. I danni esistono e così le responsabilità del sistema e, in minor misura, del singolo. È constatazione inconfutabile, tuttavia, che pochissime persone sono risarcite e in tempi biblici. Altresì il sistema sanitario funziona bene ma mai del tutto bene. Grazie agli enormi successi della medicina le persone, quando il successo manca, non possono non chiedersi se qualcosa non ha funzionato e perché. Tuttavia il processo non è una soluzione soddisfacente, se non altro per i suoi costi e per la sua incredibile lunghezza. Insomma solo pochissimi danneggiati ottengono un risarcimento mentre moltissimi altri, che non ne avrebbero diritto, impegnano tribunali e denaro pubblico. Per questo la soluzione è difficile, perché ogni facilitazione al risarcimento potrebbe subissare il servizio sanitario di cause aumentando enormemente la spesa.

Secondo la Federazione degli Ordini dei Medici occorre obbligare le aziende sanitarie pubbliche e private alla copertura assicurativa dei rischi derivanti dall'attività medica, affermando la responsabilità diretta della struttura sanitaria per fatto illecito commesso da qualsiasi professionista di cui essa si avvalga anche occasionalmente. Ciò non avrebbe effetto deflattivo sul contenzioso; tuttavia si avrebbe una più elevata tutela del danneggiato, una riduzione dei costi da medicina difensiva e una elevazione degli standard di sicurezza assistenziale. Un sistema tipo no fault in cui l'onere della prova da parte del danneggiato sarebbe alleggerito; forse occorrerebbe definire condizioni di idoneità della richiesta risarcitoria senza distinguere tra casi sfortunati e vittime di negligenze, a parte la colpa grave. Insomma risarcimenti forfettari in tempi prestabiliti.

Ancora una volta il Parlamento sembra intenzionato a promulgare una legge sulla responsabilità professionale. Una legge siffatta dovrebbe rendere obbligatoria la conciliazione o l'arbitrato, la cui conclusione positiva dovrebbe inibire ogni successivo ricorso al giudice; i dati economici danno conto dell'opportunità di creare un fondo di garanzia gestito di-

rettamente dalle ASL. Infine vi è l'esigenza di istituire un albo dei periti che affianchino il medico legale. La troppo difforme qualità delle perizie rende opportuna una norma sulla selezione dei tecnici e sull'ordinaria collegialità dell'incarico peritale. Siamo di fronte all'incontro di due scienze probabilistiche, la medicina e il diritto, che si confrontano nelle situazioni cliniche in cui, come è stato scritto «i fatti sono incerti, i valori in conflitto, i rischi elevati e le decisioni urgenti». Ultima questione è quella degli audit in caso di eventi procedibili d'ufficio o quando vi sia stata querela. In molti paesi la legge secreta gli audit, vietandone l'uso in giudizio. Senza preordinare soluzioni, tuttavia il problema non può essere eluso e meriterebbe un qualche chiarimento interno alla magistratura che evitasse incresciosi equivoci.

In alcuni Ordini dei Medici si stanno sperimentando forme di conciliazione senza, ad oggi, risultati significativi. La Regione Toscana, d'intesa con la Federazione Regionale degli Ordini, e con il supporto della Facoltà di Giurisprudenza fiorentina, ha avviato un tentativo di conciliazione nell'azienda di Careggi con franchigia fino a 100.000 €. Un importante esperimento da cui ci atteniamo esiti positivi. In conclusione è importante ridurre nei medici la percezione di rischiare, nel delicato momento della decisione clinica, tranquillità, prestigio e ruolo. È necessario modificare la normativa vigente per riuscire a risarcire i danni senza attendere anni e, nello stesso tempo, a migliorare la sicurezza delle cure.

APPUNTI SU CAUSALITÀ E COLPA NELLA RESPONSABILITÀ MEDICA

di Giovanni Fiandaca

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Causalità. – 3. Colpa.

1. Premessa

L'idea di affrontare i temi della responsabilità penale nelle attività mediche e d'impresa in una prospettiva di dialogo con la giurisprudenza, è meritevole di apprezzamento e piena condivisione. Si tratta infatti di temi di grande rilevanza pratica, che al tempo stesso mettono alla prova la capacità di tenuta di categorie fondamentali del diritto penale come quelle della causalità e della colpa; e ciò sino al punto di indurre a chiedersi se le tradizionali elaborazioni concettuali debbano essere rivedute o, piuttosto, rimpiazzate da impostazioni teoriche e soluzioni legislative più al passo con i tempi.

Quale che sia il punto di vista che si ritenga di dover esprimere in proposito, una cosa è certa: la premessa della riflessione non può che essere costituita da una analisi rigorosa degli orientamenti maturati nella prassi applicativa, quale base di conoscenza indispensabile anche per avanzare eventuali soluzioni alternative *de jure condendo*.

Ma l'analisi della giurisprudenza ha un ulteriore valore, in termini di impegno conoscitivo, anche per il penalista accademico. A mio avviso, i tempi sono ormai maturi – e credo che proprio l'ispirazione di fondo di un Convegno come quello odierno ne costituisca emblematica riprova – perché la giurisprudenza penale sia elevata a oggetto di vera e propria analisi scientifica. Invero, anche noi studiosi di discipline penalistiche dovremmo dare il nostro contributo in vista della costruzione di quella *scienza della giurisprudenza* o *metagiurisprudenza* che studiosi di altre discipline auspicano da tempo, ma della quale si avverte ormai l'esigenza pure sul versante dei delitti e delle pene.

Porsi in una simile prospettiva di analisi metagiurisprudenziale implica, peraltro, un mutamento di atteggiamento culturale nello studioso accademico. Nel senso che egli dovrà (quantomeno) sforzarsi di evitare

letture preconcepite dei materiali giurisprudenziali e dovrà invece cercare di interpretarli per quello che effettivamente dicono, senza soggiacere alla tentazione di forzarne il contenuto con l'obiettivo strumentale di suffragare assunti dottrinali prescelti in via pregiudiziale.

Ciò non toglie, ovviamente, che in alcuni casi gli stessi testi giurisprudenziali possano risultare polisemici o ambigui al punto da consentire – non meno dei testi normativi – più interpretazioni.

2. Causalità

Un problema di interpretazione sorge non di rado, in effetti, nell'analizzare la reale portata della giurisprudenza penale in tema di rapporto di causalità. Ciò per più ragioni. A cominciare dalle difficoltà oggettive che oggi il giudice (e ancor prima il pubblico ministero) incontra nel cercare di governare, sul versante dell'accertamento processuale del nesso causale, l'interazione divenuta sempre più complessa tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria. Ma non solo. Ulteriori difficoltà di lettura delle sentenze derivano dal fatto che, dietro la stessa tendenza ormai invalsa nelle corrispondenti motivazioni a far uso di un linguaggio che vorrebbe essere rigorosamente scientifico come se la causalità penale fosse riducibile a categoria neutrale o asettica, si nascondono opzioni valutative non esplicitate, che assumono nondimeno un ruolo determinante nell'economia della decisione dei casi e ne condizionano l'esito in termini di «precomprensione». Ma si tratta di una componente soggettivo-valutativa ineliminabile (e, per questo, non andrebbe dissimulata): l'accertamento giudiziale della causalità, anche quando pretende di utilizzare parametri scientifici, obbedisce pur sempre infatti alla logica di una imputazione (ancorché oggettiva) di responsabilità, con tutte le implicazioni che ne derivano dal punto di vista delle aspettative giuridico-sociali di un'imputazione 'giusta' o 'meritata'. Da qui, l'impossibilità di pretendere che il giudice, pur nell'utilizzare il modello causale della sussunzione sotto leggi scientifiche oggi in auge nella stessa giurisprudenza, ignori ad esempio che il modo di bilanciare 'probabilità statistica' e 'probabilità logica' implica anche *scelte di valore* circa il rispettivo spazio da concedere alla tutela del paziente o alle garanzie del medico imputato: è verosimile, piuttosto, che sia proprio questa dimensione assiologica a condizionare in misura non irrilevante l'approccio giudiziale all'accertamento causale.

I. Una riprova di ciò è inequivocabilmente desumibile, com'è peraltro noto, da quell'orientamento giurisprudenziale – dominante fino a un recente passato – che tendeva ad 'affievolire' il nesso causale in chiave di aumento o mancata diminuzione del rischio, esplicitando come *ratio* giustificatrice un argomento 'ideologico': «quando è in giuoco la

vita umana» – si è scritto in alcune sentenze – ai fini dell'imputazione dell'evento lesivo al medico omissivo sarebbero sufficienti «serie e apprezzabili possibilità di salvezza».

Ma altrettanto sollecitata da preoccupazioni ideologiche, questa volta in una prospettiva garantistica che guarda al medico imputato, è stata la reazione giurisprudenziale di segno contrario manifestatasi specie con alcune note sentenze della Cassazione emesse nell'anno 2000: le quali, recependo gli insegnamenti dell'ultimo Federico Stella – e peraltro senza sempre distinguere chiaramente tra probabilità statistica e probabilità logica –, hanno sostenuto l'inderogabile necessità, proprio ai fini della ricostruzione del nesso causale nell'ambito della responsabilità medica, di limitarsi a utilizzare soltanto leggi statistiche con coefficienti percentuali vicini a cento. La motivazione di fondo di questo tentativo di svolta giurisprudenziale è, appunto, consistita nella ritenuta esigenza di dover perseguire una sorta di assoluta certezza in sede di prova della causalità, in nome di valori individual-garantistici a tutela dei medici-imputati.

II. *Sentenza a sezioni unite Franzese*. La successiva presa di posizione della Cassazione riunita del 12 luglio 2002, considerata ormai «pietra miliare» in materia di responsabilità professionale del medico, ha compiuto il difficile tentativo – non sono certo il solo a riconoscerlo – di impostare il problema della causalità rifuggendo dagli opposti estremismi sottesi ai due orientamenti in conflitto or ora ricordati. Una ricerca di equilibrio, dunque, che ha avuto nel contempo (se non innanzitutto) il significato di un impegno giudiziale a favore di un accettabile temperamento, di un (per dir così) giusto compromesso tra le rispettive ragioni di tutela dei pazienti e di garanzia dei medici-imputati. Ed è, verosimilmente, questa impressione di equilibrio che ha finito con l'accreditare la sentenza Franzese come un punto di riferimento ormai fondamentale, se non proprio come un approdo definitivo.

A mio avviso, e come ho avuto già occasione di rilevare in altre sedi, si tratta di una tappa significativa di un percorso verosimilmente ancora lungo e non poco accidentato. Pur essendo un documento giurisprudenziale di grandissimo livello, che ha avuto il merito di far luce su alcuni aspetti importanti del problema causale, la sentenza in parola per un verso presenta un complessivo impianto concettuale suscettibile di concretizzazioni non univoche nella prassi applicativa e, per altro verso, lascia ancora aperte alcune questioni che necessitano di ulteriore riflessione e approfondimento.

Mi siano consentite in questa sede soltanto alcune considerazioni di massima, che provo a riassumere. Per quanto riveduto e riadattato rispetto alla teorizzazione originaria e alle successive varianti proposte da Federico Stella, il modello di causalità recepito nella sentenza Franzese rimane quello di matrice culturale neopositivista, nel cui ambito viene indicato come «schema Hempel-Oppenheim»: questo schema, che a noi giuristi

sembra ancora dotato dei crismi della massima affidabilità scientifica (e perciò continua a sembrarci il più adatto a perseguire valori di certezza), non gode più di altrettanta credibilità nelle competenti sedi scientifiche, specie in ambiti disciplinari (come, appunto, la biologia e la medicina) in cui predominano l'incertezza e la logica della probabilità.

Comunque sia, è certo che l'originario modello di Stella e dei suoi seguaci accademici ha finito col subire, nella rilettura e nell'adattamento giurisprudenziale, tali mutamenti da indurci a chiederci: la causalità penale concepita dal versante dottrinale corrisponde a quella 'codificata' dalla Cassazione riunita?

In effetti, proprio perché di impianto teorico sofisticato e complesso, la sentenza Franzese rientra inevitabilmente tra quelle che si prestano a essere interpretate. Nella mia personale interpretazione, la significatività di questa pronuncia non emerge soltanto sotto il profilo del tipo di bilanciamento che viene proposto tra probabilità statistica sul piano della causalità generale e probabilità logica su quello della causalità individuale (in estrema sintesi: ai fini dell'accertamento causale, decisivo non è il coefficiente percentualistico più o meno elevato – vicino a 100 a 90 o a 50 ecc. – di probabilità frequentista desumibile dalla legge di copertura utilizzata; ciò che davvero conta è potere razionalmente confidare nel fatto che la legge statistica in questione trovi applicazione anche nel caso concreto oggetto di giudizio, stante l'elevata probabilità logica che siano da escludere fattori causali alternativi). Altrettanto significativa, in certo senso come due facce della stessa medaglia, è la valorizzazione dell'ottica processuale quale base epistemologica della causalità penalmente rilevante: ciò sino al punto di rendere sfumati i confini, se non di annullare la stessa possibilità di distinzione tra concetto sostantivo e prova della causalità in giudizio. In poche parole: la sentenza Franzese, con buona pace di noi professori di diritto penale sostanziale, *processualizza* la causalità; e ci dice, dunque, che il nesso causale non è una qualche entità reale che esiste in natura, a prescindere da come possiamo ragionarne con metodo probabilistico-induttivo avvalendoci dei limitati strumenti di verifica di cui dispone l'accertamento processuale. Se la verità processuale non può che essere probabilistica, l'unica certezza conseguibile è quella processuale: la quale è ben lungi dal poter raggiungere quella soglia di certezza scientifica tendenzialmente assoluta, vagheggiata da quanti restano ancora affezionati a un certo modo forse ingenuo o 'ideologico' di concepire lo stesso modello della sussunzione sotto leggi scientifiche (ho l'impressione che un siffatto vagheggiamento ispiri anche l'analisi giurisprudenziale contenuta nella peraltro ottima relazione di Roberto Bartoli).

Se la mia interpretazione della sentenza Franzese è corretta, ne derivano possibili implicazioni anche rispetto alla capacità orientativa che essa dovrebbe essere in grado di esercitare nei confronti della giurispru-

denza di merito, sempre in vista di un accertamento giudiziario della causalità non aprioristicamente sbilanciato a favore di uno dei poli in potenziale conflitto.

A me pare che la predominante logica processualistica che sta alla base dell'impianto della sentenza, e il conseguente ruolo determinante affidato al giudice nell'impostare con competenza e sapienza l'interazione tra probabilità frequentista e probabilità logica in sede di prova particolaristica della causalità, richiedano al magistrato prestazioni intellettuali troppo complesse per potere essere sempre assolte col dovuto rigore. Questa oggettiva difficoltà di concretizzazione dei principi generali in presenza delle diverse fattispecie concrete, e non soltanto nei casi ardui di causalità cosiddetta multipla (in cui cioè la morte del paziente può ad esempio essere determinata, oltre che da un tumore non diagnosticato in tempo dal medico imputato di omicidio colposo, da ulteriori patologie compresenti nel medesimo paziente quali broncopatia, epatopatia, diffuso enfisema polmonare ecc.¹), contribuisce a spiegare un esito che era in realtà non difficilmente prevedibile: e cioè che la giurisprudenza successiva al 2002, come dimostra un esame accurato delle pronunce degli ultimi anni, ha in non pochi casi osservato soltanto nelle premesse programmatiche della motivazione, o nella forma retorica dell'esposizione, i dettami delle sezioni unite; mentre ne ha, sul piano della reale logica argomentativa, tradito lo spirito finendo – di fatto – col riproporre i consueti criteri probabilistici dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio.

Nel chiedersi perché ciò sia avvenuto e continui ad avvenire, credo che la risposta non vada soltanto individuata nella complessità e sofisticatezza concettuale dei principi generali che si dovrebbero applicare, ancora non compresi o non sedimentati abbastanza nell'ambiente giudiziale. Verosimilmente, è la stessa logica argomentativa complessivamente additata dalla sentenza Franzese che si presta facilmente a essere letta e applicata secondo il modello (per dir così) di una causalità debole a carattere prettamente probabilistico: potendo, in non pochi casi, l'inesistenza di fattori causali alternativi essere più sostenuta argomentativamente che non dimostrata scientificamente².

Ma, se le cose stanno così, rimane ulteriormente da chiedersi: la persistente inclinazione giudiziale a flessibilizzare, a rendere *flou* la causalità in campo medico deriva da difetti intrinseci dell'impostazione delle sezioni unite (che potrebbero in futuro essere emendati) o deriva, piuttosto, dall'irrealizzabile pretesa di continuare a impostare la causalità in termini di rigorosa necessità deterministica?

¹ Cfr., per un caso del genere, Cass. 3 ottobre 2002, Albissini.

² In proposito, più diffusamente, DI GIOVINE, *Probabilità statistica e probabilità logica nell'accertamento del nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 2183 ss.

III. Personalmente, tenderei a rispondere nel secondo senso, pur sapendo che si tratta di una risposta non facilmente digeribile se si tiene conto (per dir così) dell'attaccamento ad una concezione deterministica della causalità ancora dominante tra i penalisti di matrice accademica. Certo, la preoccupazione per le garanzie connesse a tale concezione non va in ogni caso sottovalutata. Quali vie di uscita, dunque, si profilano?

Una possibile strada da percorrere, per sottrarsi alle difficoltà talora insormontabili della prova della causalità individuale, consiste – com'è noto – nel rinunciare ai criteri d'imputazione del diritto penale d'evento, ripiegando *de jure condendo* sulla creazione di nuove figure di *illicito di rischio*, orientate a punire la condotta gravemente colposa del medico a prescindere dalla causazione di un evento infausto (quest'ultimo, estromesso dal novero degli elementi costitutivi del reato, potrebbe tutt'al più essere assunto a circostanza aggravatrice).

Ma è proprio vero che non esiste alcun modo per rendere compatibili le fattispecie d'evento con una concezione dichiaratamente probabilistica della causalità? In realtà, ho avuto già occasione di ricordare come il settore della responsabilità medica – oltre ad essere stato, e non a caso, tra quelli che hanno dato maggiore impulso alla stessa genesi delle *dottrine dell'imputazione obiettiva* ad opera di Claus Roxin nei primi anni Sessanta dello scorso secolo – continui a essere fatto oggetto di riflessione da parte di un filone dottrinale (sempre di lingua tedesca) che ritiene impresa teorica irrinunciabile, oggi, la elaborazione di una più sofisticata e aggiornata teoria dell'aumento o della mancata diminuzione del rischio: irrinunciabile perché – come riconosce senza mezzi termini, ad esempio, Ingeborg Puppe –, se non ci si vuole rassegnare alla inapplicabilità delle classiche fattispecie d'evento, una strada pressoché obbligata è quella di meglio implementare penalisticamente i modelli di spiegazione causale orientati secondo il paradigma della probabilità (così come del resto già avviene nell'ambito delle scienze in senso stretto), in modo che il giurista e il giudice acquistino maggiore dimestichezza con i presupposti logici e metodologici di un corretto impiego delle spiegazioni in termini probabilistici³.

In una analoga prospettiva scientifico-culturale sembra di recente collocarsi chi in seno alla stessa dottrina italiana auspica, ad esempio con specifico riferimento al settore delle malattie professionali (e dunque alla responsabilità colposa del datore di lavoro), di approfondire le condizioni d'impiego delle *evidenze epidemiologiche* ai fini di una più moderna ricostruzione su base probabilistica del nesso di causalità penalmente rilevante⁴.

³ Cfr., più diffusamente, FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, 995 ss.

⁴ Cfr. MASERA, *Epidemiologia e nesso di causalità*, in *Cass. pen.*, 2008, 4415 ss.; più diffusamente, ID., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007.

Potrebbe d'altra parte il diritto penale, nel pretendere di conservare spazi di intervento in settori complessi e soggetti a continua evoluzione scientifico-tecnologica, rinunciare ad aggiornare le sue categorie dichiarando il proprio fallimento prima ancora di provare a raccogliere le sfide che lo *Zeitgeist* di volta in volta lancia?

3. Colpa

Com'è noto, i punti tradizionalmente più dibattuti – sia in dottrina che in giurisprudenza – riguardano per un verso i criteri di individuazione della colpa medica e, per altro verso, la determinazione della soglia penalmente rilevante (in particolare riguardo alla colpa cosiddetta per imperizia).

I. Sotto il primo aspetto, la colpa medica esemplifica a tutt'oggi in larga prevalenza un terreno emblematico di *colpa generica*, nel senso che l'individuazione delle regole cautelari – in mancanza di discipline organiche scritte – è per lo più affidata all'attività concretizzatrice della giurisprudenza, con connessa ampiezza di discrezionalità valutativa da parte dei giudici e conseguente accentuazione dei caratteri di *fattispecie aperta* dell'illecito colposo: ciò sino al punto di riproporre, forse in forma aggravata, il problema – per solito eluso o rimosso dalla dottrina tradizionale – della effettiva compatibilità di un tale meccanismo d'imputazione con i principi (presi sul serio!) di legalità e sufficiente determinatezza.

V'è peraltro da considerare, in aggiunta, che il processo di selezione giudiziale delle regole cautelari è suscettibile di ulteriori momenti di concretizzazione in rapporto ai vari tipi di attività medico-specialistiche: sicché la giurisprudenza si trova di volta in volta a dover specificare le rispettive regole e le connesse forme di inosservanza poste alla base della responsabilità colposa del chirurgo, dell'anestesista, dell'ostetrico, dell'odontoiatra, del radiologo, del medico psichiatra e così via. Con una conseguente esigenza di enucleazione di *agenti modello* a loro volta differenziati all'interno di ciascuna delle categorie professionali che vengono in rilievo⁵.

Ci troviamo, così, di fronte a una proliferazione e differenziazione di *standard* di comportamento che la prassi giudiziaria però ricostruisce in maniera empirica e poco sistematica, con una logica da caso a caso e senza procedere a tentativi di generalizzazione in vista della elaborazio-

⁵ Cfr. in proposito, ad esempio, la rassegna giurisprudenziale differenziata contenuta in IADECOLA, BONA, *La responsabilità dei medici e delle strutture sanitarie. Profili penali e civili*, Milano, 2009, 117 ss.

ne di *casi generici* o *tipologici*⁶. Ne consegue che questo modo non poco casuale di procedere impedisce che alla indeterminatezza del tipo legale del reato colposo si possa rimediare attraverso una tipizzazione per via ermeneutica dei presupposti della colpa medica nell'ambito dei diversi settori specialistici.

Da qui il comprensibile affiorare dell'interrogativo, sempre più frequente negli ultimi anni, se anche nel campo della responsabilità medica non sia opportuno passare progressivamente da un regime di prevalente colpa generica a un nuovo regime di prevalente colpa 'specificata', grazie a una graduale positivizzazione o formalizzazione scritta delle regole della corretta pratica medica.

Com'è noto, sollecitazioni a percorrere questa strada provengono in particolare dall'esperienza statunitense, nel cui ambito – specie a partire dagli anni Settanta dello scorso secolo – sono andate diffondendosi le cosiddette *linee-guida* redatte per iscritto (ad essere più precisi, nel fare riferimento ai documenti scritti dovrebbero essere operate distinzioni tra *linee-guida*, *protocolli*, *percorsi*, *standard* ecc.). A una simile tendenza invero neppure il nostro paese è rimasto estraneo non solo a livello medico-scientifico, ma anche di concrete prassi ospedaliere e persino di attività medico-professionale privata. Ed è un fatto che il problema della possibile rilevanza, ai fini della colpa punibile, della violazione delle linee guida – risulta già esplicitamente tematizzato in alcune decisioni giurisprudenziali.

Tra queste, merita ad esempio di essere menzionata Cass. 8 febbraio 2001, B. e altri⁷, che, nel sottolineare l'esigenza di valorizzare l'autonomia del sanitario nelle scelte terapeutiche, senza vincolo di inderogabile osservanza di protocolli scientifici – in linea del resto con i principi poco dopo affermati da Corte cost. n. 282/2002 –, lascia intendere che la valenza delle linee-guida quali parametri di riferimento della condotta colposa può essere soltanto orientativa in via potenziale, dovendo le regole generali di comportamento in esse contenute essere adeguate e «personalizzate» con riguardo alle particolari condizioni dei singoli pazienti. E la Corte costituzionale, nella pronuncia del 2002, ha dal canto suo sancito principi tali da precludere l'adozione di un regime generalizzato di colpa specifica per via di positivizzazione normativa:

Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire [...] le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costitui-

⁶ Su questo concetto, più diffusamente, FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 257 ss.

⁷ Ampiamente riportata in IADECOLA, BONA, *op. cit.*, 78 ss.

ta dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione.

Autonomia professionale del medico, necessità di guardare più al malato che alla malattia come quadro nosografico astratto e continua evoluzione scientifica delle *leges artis* inducono, dunque a escludere che in campo medico possa assistersi a un processo di positivizzazione delle regole cautelari così esteso come quello verificatosi in altri settori. Ciò non toglie – ovviamente – che in futuro possa essere opportuno procedere a una maggiore formalizzazione delle regole della corretta pratica medica, anche allo scopo di rendere più certo e meglio prevedibile *ex ante* il complesso dei doveri cautelari che gravano sui medici, con duplice beneficio dei pazienti che saranno maggiormente in grado di esprimere un consenso davvero informato e degli stessi medici che saranno in condizione di valutare meglio e in anticipo l'entità del rischio penale cui vanno incontro. In vista di tale obiettivo, e nella consapevolezza che colpa specifica e colpa generica sono comunque destinate a coesistere e interagire, ravviserei come compito della dottrina poter essere di ausilio alla giurisprudenza in una direzione facilmente intuibile: nel contribuire cioè a sottoporre a un vaglio rigoroso e auspicabilmente sistematico, in una specifica angolazione giuridico-penale, le linee-guida, i protocolli e gli altri documenti scritti via via elaborati in ambito medico-scientifico, in modo da selezionare e distinguere regole di corretta pratica medica rispettivamente rilevanti e non rilevanti sotto il profilo della peculiare dimensione cautelare sottesa alla colpa punibile.

Per la parte in cui la colpa medica è verosimilmente destinata a rimanere anche in futuro frutto di concretizzazione e riempimento sul piano ermeneutico-ricostruttivo, un maggiore grado di prevedibilità e certezza applicativa non potrà che essere conseguito attraverso un crescente affinamento dell'elaborazione congiunta da parte di giurisprudenza e dottrina. Ne ricaviamo una ulteriore conferma – credo – della necessità che la dottrina sviluppi in maggiore misura il suo impegno scientifico a beneficio della prassi giudiziaria.

II. Ulteriori aspetti problematici della colpa medica, sempre sotto il profilo della sua determinazione giudiziale, attengono alla fissazione della sua *soglia* di penale rilevanza e ai limiti in cui è consentito procedere a una 'individualizzazione' del rimprovero di colpevolezza colposa, in modo da evitare gli opposti estremismi di un eccesso di rigore o di un eccesso di clemenzialismo.

Peraltro, una inclinazione verso atteggiamenti di particolare rigore – non estranei talvolta alla nostra giurisprudenza come, ad esempio, nel caso emblematico della valutazione della colpa dei medici *specia-*

*lizzandi*⁸ – non solo comporta una accentuata oggettivizzazione del giudizio di colpa (tralasciandosi di conseguenza di valutare l'effettiva esigibilità, in termini di colpevolezza individualizzata, di certi rigorosi *standard* di comportamento), ma sembra nel contempo ignorare il fatto che non pochi errori medici sono oggi il risultato non già di isolate colpe individuali, bensì di contesti interattivi di intervento medico in cui la dimensione pluripersonale e organizzativa giuoca un ruolo determinante: per cui l'errore ha un'origine «sistemica», e il trascurarlo ha effetti negativi proprio perché il privilegiare la responsabilità individuale impedisce od ostacola una efficace prevenzione basata su analisi sistematiche ed elaborazioni collettive degli errori medici nell'ambito delle strutture sanitarie interessate⁹.

A complicare le cose contribuisce, d'altra parte, la fluidità di confini tra colpa penalmente rilevante ed «errore tecnico» giustificabile, quando non addirittura caso fortuito, insieme con la diffusa tendenza a confondere la questione della valutazione dell'errore con quella della valutazione della colpa, confusione certo agevolata dalla persistente diversità di linguaggi e dalla non sempre facile comunicazione tra letteratura medico-legale e dottrina giuridica.

È pertanto comprensibile, ed è peraltro noto, come il tormentoso *iter* giurisprudenziale relativo alla definizione dei presupposti della colpa medica sia passato attraverso diverse fasi distinguibili anche temporalmente, pure questa volta per effetto del mutevole modo di atteggiarsi del rapporto tra i valori in giuoco sul duplice versante della garanzia dei medici e della tutela dei pazienti.

In estrema sintesi, va ricordato che si è assistito a una evoluzione contrassegnata dal passaggio da una fase di eccessiva «comprensione» per l'errore medico a una fase di progressivo maggiore rigore tendente a circoscrivere l'applicabilità del limite della «colpa grave» (direttamente o indirettamente mutuato dall'art. 2236 c.c.) alla sola colpa per imperizia, per poi passare a una fase ulteriore di rivendicazione della completa autonomia della colpa penale da quella civile, con conseguenti emancipazione da ogni vincolo di principio al parametro della colpa grave, riconduzione della colpa medica ai principi comuni di cui all'art. 43 c.p. e spostamento del baricentro della tutela sul versante dei diritti e dei beni del paziente-vittima. Sino a passare alla fase più recente, complessivamente più equilibrata, caratterizzata (almeno nelle enunciazioni di principio e fatta salva una più rigorosa verifica della congruenza tra premesse motivazionali ed esiti decisori) dall'affermarsi di un orientamento giurisprudenziale co-

⁸ Cfr. per riferimenti IADECOLA, BONA, *op. cit.*, 175 ss.

⁹ Cfr., più diffusamente, DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009.

sì riassumibile: pur escludendosi che il limite civilistico della colpa grave possa automaticamente trovare ingresso tra i presupposti della colpa penalmente rilevante, si riconosce tuttavia che, quando venga in rilievo la colpa per imperizia, la valutazione giudiziale dell'operato tecnico del medico non può non tenere conto della difficoltà e della complessità del tipo di intervento che in concreto il medico stesso è chiamato ad effettuare. Ecco che, da questo punto di vista, la soglia di rilevanza penale della colpa finisce inevitabilmente con l'essere influenzata dal livello di difficoltà connessa alle prestazioni che vengono in rilievo¹⁰.

In effetti, una esaustiva e approfondita disamina delle pronunce esemplificative del suddetto orientamento sarebbe quanto mai opportuna. E ciò non solo ai fini di una adeguata valutazione critica di questo orientamento in se stesso considerato, ma anche per una aggiornata riflessione di portata più generale su presupposti, soglie e limiti di una colpa medica punibile in modo più selettivo di quanto oggi non avvenga. Tanto più che l'esigenza di circoscrivere meglio i confini della responsabilità penale colposa è oggi avvertita con più matura consapevolezza, e peraltro anche al di là dei confini del pur importante universo della colpa in materia sanitaria¹¹.

Limitando il discorso alla responsabilità medica, suggestioni e spunti nella direzione accennata provengono da riscontri a carattere comparatistico, e in particolare dall'esperienza di *common law* in materia di *medical malpractice*.

Per rapidissimi accenni, ricordo che negli ordinamenti inglese e statunitense lo spazio riservato alla responsabilità penale del medico (invero ben più circoscritto di quello concesso alla responsabilità civile o disciplinare) è, in ogni caso, subordinato alla presenza di una *gross negligence*, connotata sia dalla gravità oggettiva della violazione delle regole cautelari, sia da elementi soggettivi in termini di consapevolezza e capacità di apprezzamento del rischio¹².

D'altra parte, una valorizzazione, ai fini della attribuzione di rilevanza penale alla colpa medica, di indici oggettivo-soggettivi sintomatici di una maggiore significatività colposa della condotta contraria alle

¹⁰ Tornano così, per questa via indiretta, ad assumere rilievo le prestazioni di «speciale difficoltà» cui allude l'art. 2236 c.p.: in proposito, più diffusamente, DI LANDRO, *I criteri di valutazione della colpa penale del medico, dal limite della «gravità» ex art. 22236 c.c. alle prospettive della gross negligence anglosassone*, in *Indice pen.*, 2004, 736 ss.

¹¹ Cfr., molto di recente, l'ampia indagine di CASTRONOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, che compie una rivisitazione critica dell'intera materia, evidenziando persistenti aporie e delineando prospettive di possibile riforma dell'illecito colposo.

¹² Cfr. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia*, cit.; più in generale, auspica una ristrutturazione dell'illecito colposo punibile attraverso la costruzione di una adeguata nozione di colpa grave basata su parametri sia oggettivi che soggettivi, CASTRONOVO, *op. cit.*

leges artis, apparirebbe opportuna anche al fine di controbilanciare una ricostruzione in chiave (inevitabilmente) 'probabilistica' della causalità. Ma in ogni caso, per evitare che una ridefinizione in termini più selettivi della responsabilità medica possa essere percepita come una sorta di 'odioso privilegio', una eventuale riforma normativa in proposito andrebbe preparata nel contesto di una revisione complessiva della responsabilità colposa (cfr., per il favore manifestato nei confronti di una possibile delimitazione di alcune ipotesi di responsabilità colposa grazie alla introduzione di una figura di «colpa grave» ben definita nei presupposti normativi, il *Progetto Pisapia* di riforma del codice penale).

In attesa che maturino tempi migliori per riforme penali ben meditate e di ampio respiro, una cosa è però auspicabile: com'è facile intuire, rinnoverei l'auspicio che dottrina e giurisprudenza manifestino maggiore disponibilità e interesse a interagire; e ciò specie in quei settori che – come, appunto, nel caso emblematico della responsabilità medica – richiedono un notevole apporto in funzione concretizzatrice da parte degli interpreti-applicatori delle norme generali e astratte. Mi auguro che un Convegno come questo odierno segni una tappa significativa nel senso auspicato.

UNA RIFLESSIONE MEDICO LEGALE SULLA RESPONSABILITÀ PROFESSIONALE

di Gian-Aristide Norelli

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. La responsabilità medica e il sistema di *civil law*. – 3. La condotta. – 4. Il nesso di causalità. – 5. Il consenso.

1. Considerazioni introduttive

Per chi, come il medico legale, si trovi costantemente interposto fra temi di Medicina e di Diritto, accade spesso di avvertire un senso profondo di conflitto, indotto dalla assoluta diversità degli argomenti che risalta soprattutto allorché meriti di confrontare l'incertezza e la soggettività con ciò che attiene, invece, per definizione, la ricerca del certo e dell'oggettivo. A nessuno, infatti, può sfuggire la sostanziale evanescenza, sul piano della dimostratività, di temi propri all'etica ed alla variabilità biologica, verso la codificata razionalità della norma, enfatizzata dalla necessità ulteriore di contenerne l'interpretazione soggettiva, nella dimensione logica e sequenziale che tende a quella verità processuale che è ben diversa, come è noto, dalla verità *tout court*, ma che più di quella, addirittura, rifugge da salti logici che la natura, per prima, non fa (*natura non facit saltus*), ma che sovente sembrano esistere per i vuoti di conoscenza che si interpongono fra l'occorrenza dei fenomeni naturali. Ed è così che il medico legale si sente oppresso, sovente, dal conflitto che gli deriva dalla considerazione dei differenti interessi in gioco (quello della vittima, quello dell'agente, quello del Pubblico Ministero, del Giudice o del Legislatore), non particolarmente inclini, spesso, a ritenere giustificata la difficoltà dell'interprete, allorché, soprattutto, l'interesse principale, che è quello della verità, per la lacunosità dei segni non si renda immediatamente dimostrabile o addirittura si presenti come un caleidoscopio di dubbi o sfugga del tutto, infine, alla comprensione dell'indagine.

Emblematico di siffatte evenienze è risultata la crisi del sistema proprio alla «sussunzione sotto leggi scientifiche» che aveva rappresentato,

nei trascorsi decenni, il cardine monolitico della colpa professionale medica e che è crollato sotto i fendenti dell'evidenza, allorché la Dottrina Giuridica e la Giurisprudenza hanno dovuto prendere atto dei limiti e dell'anacronismo di cui il sistema ormai inaccettabilmente si permeava. Non è certo compito del medico legale, segnatamente in una Sede siffatta, richiamare i capisaldi del Diritto magistralmente elaborati dallo Stella¹ o la ormai storica sentenza «Franzese»² con cui la Cassazione ha finalmente, secondo una logica non condivisibile, nel momento in cui si erano sovvertite, le più specifiche norme della variabilità statistica e della interpretazione percentualistica delle ricorrenze³.

2. *La responsabilità medica e il sistema di civil law*

Un primo aspetto che si intende esaminare, nella prospettiva, ovviamente, che ci è propria e cioè quella del medico che si confronta con il Diritto in modo indubbiamente dilettesco, ma coinvolto nella duplice veste di interprete (traduttore, cioè, del linguaggio medico in linguaggio giuridico) e di professionista, agente potenziale dell'azione (oltre che di cittadino, potenziale soggetto passivo dell'azione medesima), è quella del sistema di Diritto all'interno del quale si opera nel nostro Paese, che è il sistema, come ci è da sempre stato trasmesso, più vicino al significato ed al valore profondo della certezza (che è certezza, appunto del Diritto); e segnatamente del rispetto della teoria condizionalistica, per cui, nell'ambito penalistico, perlomeno, ove non sia dimostrato controfattualmente il rapporto condizionante fra l'azione o l'omissione e l'evento, deve affermarsi la presunzione di innocenza.

Un modello utile a verificare ogni teoria, come è noto, è individuarne gli aspetti più paradigmatici, al fine di considerarne la effettiva rispondenza ai presupposti ed ai principi cui la teoria stessa si ispira. In guisa, per la parte che ci interessa, che conviene interrogarsi se relativamente alla responsabilità medica per omissione, che è quella che con maggiore frequenza ricorre nella casistica giudiziaria, il sistema di Diritto cui l'ordinamento vigente si ispira, trovi corrente e «scientifica» applicazione; intendendosi con tale aggettivazione una applicazione che sia costante, ripetibile, prevedibile e attesa nei termini di consequenzialità che sono

¹ F. STELLA, *Giustizia e Modernità*, Milano, 2001.

² Cass. pen., Sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328. Il tema, con ampi riferimenti, è stato affrontato tra gli altri, in Medicina Legale, da G-A. NORELLI, V. FINESCHI, *Il medico legale e la valutazione dei temi e dei problemi della modernità: spunti dottrinali per una metodologia operativa condivisa*, Editoriale, *Riv. it. med. leg.*, 2003, 263.

³ Sul tema della causalità, non può prescindersi dal ricordare il ponderoso contributo di M. BARNI, *Il rapporto di causalità materiale in Medicina Legale*, Milano, 1991.

propri alla scienza. Non solo, ma non vi è dubbio che nel nostro sistema giudiziario, sembra difettare anche il ricorso ad una prassi propria al modello del *civil law*, se è vero, come lo è indubbiamente, che nella materia sopra richiamata è ormai costante il ricorso a citare sentenze interpretative della norma di riferimento, più che ad una metodologia condivisa di interpretarla, privilegiandosi, cioè, la interpretazione pregressa della norma come parametro analogico e di sostegno al giudizio, prima e piuttosto che la norma medesima, che non ha, per dimostrata evidenza, una interpretazione univoca. Proprio in tema di responsabilità medica omissiva, del resto segnatamente in ambito penale, ma non solo, è noto il variegato iter giurisprudenziale che ha indotto formule assai diversificate nel tempo ed addirittura contraddittorie, rispetto ad una norma imm modificata, avendosi così piena dimostrazione che non è quella, ma la posizione dell'interprete, che finisce per indirizzare ed orientare, di fatto, il giudizio nei confronti dell'agente.

Anche il lessico giuridico, del resto, come quello giurisprudenziale e legislativo è venuto a correggersi nel tempo, rispetto alle formule dell'italica tradizione, ammettendosi nell'uso termini che solo qualche anno addietro erano ritenuti quantomeno pericolosamente innovativi. Il riferimento è d'obbligo alla nozione di «ragionevole dubbio», sulla quale merita il conto di insistere più avanti, volendosi qui solo anticipare una constatazione, e cioè che, a prescindere da qualsiasi giudizio di valore sul merito (che anzi chi scrive non può che condividere la tendenza), si ha la prova di come in ambito di responsabilità professionale medica omissiva sempre più ci si orienti a percorrere i campi del *common law*, non solo richiamandosi, secondo la più tipica tradizione anglo-sassone, al contenuto di sentenze in chiave analogica od invocando come necessario l'intervento delle Sezioni Unite a rendere convergenti i difformi orientamenti (che, per la loro distanza, talora sembrano rendere meno che opzionale il presupposto della certezza del Diritto)⁴, ma anche ricorrendo ad una terminologia «importata» di cui non convince la piena rispondenza ai presupposti e ai canoni del Diritto Penale. Il concetto, infatti, di «ragionevole dubbio»⁵ certamente sollecita l'ambito del Di-

⁴ A riprova di ciò, pur se per materia diversa, anche se non meno pregnante, giova ricordare la difformità di orientamento, non ancora conclusa, peraltro, che la Suprema Corte dimostra nella interpretazione della dottrina del consenso e che è stata ben riassunta nell'ultimo essenziale pronunciamiento sul tema: Cass. pen., Sez. un., 21 gennaio 2009, n. 2437, con breve commento divulgativo di G-A. NORELLI, *Toscana Medica*, 2009, 27, n. 5, 41.

⁵ Il fascino dell'argomento all'indomani della Sentenza «Franzese» da subito ha avvinto la Medicina Legale, che ne ha evidenziato gli aspetti essenziali, anche con opinioni non sempre univoche: M. BARNI, *La causalità nella consulenza medico-legale: dalla adeguatezza alla certezza (al di là di ogni ragionevole dubbio)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2003, 25, 3; V. FINESCHI, E. TURILLAZZI, *Responsabilità professionale medica, incertezza del sapere scientifico e valutazione medico-legale: necessità di una aggiornata metodologia*, *ivi*, 2003,

ritto comune, ulteriormente accentuandosi le difficoltà applicative del termine e soprattutto la rispondenza di esso al modello interpretativo che il nostro sistema di Diritto prevede e postula. La «ragione», infatti, è propria all'uomo ed è «ragionevole» il dubbio che, per ineludibile etimo, si ancori alla umana criteriologia ed alla umana capacità di pensiero, che è patrimonio di chi argomenta per nozioni e concetti, deduzioni e intuizioni comuni a ciascuno, tipici di un modello giudiziario di *common law* ove è il popolo che rende giustizia ed il Giudice guida ed organizza l'attività dei giurati senza interferire con l'espressione delle loro opinioni. Ben diverso, invece, è il nostro sistema, ove il dubbio che si definisce «ragionevole» deve ancorarsi a premesse definite e deve discendere (o non discendere) da processi mentali e interpretativi di carattere consequenziale, che muovono da – e si inquadrano in – un principio codificato (che non necessariamente si identifica con la razionalità correntemente intesa); a tal punto che la «verità», nei confronti della quale potrebbe sussistere il dubbio, non è, per sua stessa definizione, in corrispondenza effettiva con i fatti e le azioni reali (che sarebbe filosofia e retaggio virtuale insistere a perseguire), ma con la logica che emerge dalla sintesi processuale e quindi dalla evidenza giuridica, secondo un modello di acquisizione proprio ai percorsi del Diritto, rifugio della certezza oggettiva, estraneo alla spesso contraddittoria soggettività della ragione. Onde non casualmente la verità che si persegue è la verità processuale o giuridica, come *processuale* o *giuridico* dovrebbe più opportunamente definirsi (*rebus sic stantibus*), il dubbio oltre il quale si assume la certezza del contrario⁶.

3. La condotta

La considerazione della responsabilità penale medica per omissione non può non evocare perplessità d'indole metodologica sull'analisi relativa ai comportamenti sanitari e soprattutto sulla parametrizzazione del giudizio quale risulta dalle sentenze della Suprema Corte, dalle quali traspare, talora, il dubbio (sicuramente ragionevole) che la norma e la sua interpretazione procedano per schemi asincroni; nella misura in cui, quantomeno, sembri talora che l'interprete tenda a plasmare la norma in quanto palesemente superata dalla prassi ovvero debba esprimersi, in

25, 121 (con cospicui riferimenti); A. FIORI, *La regola dell' «oltre il ragionevole dubbio» e la Medicina Legale*, Editoriale, *ivi*, 2005, 27, 683; G-A. NORELLI, «...L'uomo di legge è e deve restare il solo giudice e il giudice non può essere che un uomo di legge...», Editoriale, *ivi*, 2006, 28, 443.

⁶ G-A. NORELLI, *Indeterminatezza scientifica e ragionevole dubbio: una identità costante nella causalità omissiva?*, Editoriale, in *Riv. it. med. leg.*, 2009, 31, 3.

affanno e talora con formule necessariamente innovative, per l'assenza di un immediato modello di riferimento normativo. Con sempre maggiore ricorrenza, in altri termini, proprio nello specifico ambito della responsabilità medica omissiva, l'interprete è costretto ad inseguire una norma sfuggente (o inesistente) per giudicare comportamenti relativamente ai quali è difficile individuare norme di riferimento anche per la semplice ragione, forse, che una norma specifica non esiste in quanto i comportamenti medesimi non potevano essere previsti nel sistema di Diritto, prima che il progresso scientifico e gli avanzamenti organizzativi ne caratterizzassero e connotassero l'esistenza; con il risultato, spesso sconcertante, che si finisce per esprimere pareri basati su artifici dialettici, gravati da soggettività ed esposti a critiche, magari disorientanti e temporanei, destinati a modificarsi rapidamente nel tempo e soprattutto tali da indurre una sensazione di precarietà e di incertezza in tutti i soggetti cui il provvedimento è indirizzato, attivi e passivi dell'azione, solidali, però, nel trasmettere il sentimento opposto a quello che la certezza del Diritto dovrebbe indubbiamente garantire.

Il fatto è, in buona sostanza, che nell'ambito di cui specificamente ci si occupa, non è possibile inquadrare all'interno di schemi predefiniti di Diritto ogni singola circostanza e fattispecie in guisa che, delle due l'una: o si procede, rapidamente, a rivedere, aggiornare e modernizzare la norma, tanto da renderla funzionale ad ogni evenienza casistica che la realtà medica (e sanitaria in genere) impone, oggi, di considerare; o si modificano i modelli di espressione del giudizio in senso di «ragionevole» conformità al Diritto vivente, assumendo l'*evidenza* (come prova correttamente intesa) a canone di interpretazione del comportamento, rifuggendo da acritiche schematizzazioni che non possono trovare, ormai, corrispondenza oggettiva nel sistema reale con cui occorre necessariamente confrontarsi. All'interno dello schematicismo normativo, in altri termini, possono oggi ricondursi solo una parte (e neppure la più significativa) dei comportamenti omissivi, per di più caratterizzati da una evidenza lapalissiana, tale da rendere quasi pleonastico ogni approfondimento; la realtà essendo, tuttavia, ben diversa e sempre più numerosa la casistica per la quale il riferimento di legge difetta per l'interprete. E, valgano, a chiarimento di quanto sopra, alcune elementari esemplificazioni:

- 1) La responsabilità sanitaria sempre più spesso si articola all'interno dell'*équipe*⁷ da intendere come gruppo, sovente multidisciplinare e

⁷ Termine talora adottato in modo difforme, tanto da indursi equivoci di interpretazione sulla condotta in termini di colpa professionale. Si veda da ultimo V. PINCHI, M. FOCARDI, G-A. NORELLI, *La collaborazione professionale in Odontoiatria: complesse identità di un rapporto*, in *Riv. it. med. leg.*, in corso di stampa.

poliprofessionale, che opera in contestualità spazio-temporale, all'interno del quale è sovente difficile e talora impossibile individuare singoli ambiti di responsabilità, proprio a motivo della sincronicità che è tipica alla azione complessa. Assai di frequente, in altri termini, non sono individuabili i canoni «classici» dell'analisi che consentano la individuazione di ruoli e funzioni specifiche, mancando la possibilità di ricorrere al principio di affidamento (per la sinergia dell'azione) o di individuare una predominanza del ruolo (per la parità gerarchico-funzionale degli operatori) o di rilevare un errore nella manualità (come è praticamente esclusivo all'ipotesi chirurgica) o rimarcandosi, addirittura, l'assenza effettiva di un singolo responsabile (basti pensare agli esami di laboratorio); secondo una ricorrenza casistica, infine, che potrebbe moltiplicarsi in termini di esemplificazione, solo per confermare, tuttavia, quanto anticipato in premessa sulla sostanziale difficoltà/impossibilità di individuare la responsabilità penale soggettiva in capo ai singoli operatori intervenuti;

- 2) Come anche brillantemente enunciato in questa sede, ancora, sempre più spesso la responsabilità professionale per omissione si connota per un difetto strutturale o organizzativo, relativamente al quale la Giurisprudenza penale, spesso è incline a rilevare l'errore per non aver provveduto il medico, in assenza di motivi di urgenza, ad avviare l'assistito ad altro ambito più e meglio organizzato alla bisogna. In termini teorici, indubbiamente, non v'è chi possa non condividere l'assunto; ma, viene da chiedersi, eccezion fatta per rare e poco realistiche eventualità che si limitano a circostanze occasionali quali l'ipotesi di un macchinario temporaneamente fuori uso, considerato il modello organizzativo del nostro Paese, il sistema ospedaliero che lo caratterizza e la dotazione propria a ciascuna struttura, appare ben difficile con realismo individuare il comportamento che dovrebbe essere proprio al «*professionista modello*» se non ispirandosi, in termini di assoluta teorizzazione politico-organizzativa, ad un corrispondente *modello* di struttura che si ispira a criteri di centralizzazione delle risorse edilizie, umane e strumentali che è esattamente opposta alla scelta perpetrata nel decorso cinquantennio. E che si debba far gravare sul professionista il fardello della responsabilità penale soggettiva, per scelte che indubbiamente prescindono dalla sua coscienza e volontà, al di fuori, giova sottolinearlo, di eccezioni che certamente non rappresentano la regola, appare contrario ai presupposti essenziali di equità e di rispondenza agli scopi del Diritto ⁸;

⁸ Il tema è magistralmente affrontato in questa sessione. Per il contributo medico-legale in materia si veda, da ultimo, A. BONELLI, *Principio di autonomia vincolata e qualifiche dirigenziali*, in *Med. leg. quad. cam.*, 2007, 29, 491. Dello stesso autore, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie*, estratto.

- 3) *Quid iuris?*, poi, in materia di evoluzione normativa sul ruolo insistentemente ancora definito «primariale»⁹. Persistere nella adozione del termine «*primario*», appare accettabile solo come esemplificazione terminologica, in considerazione del fatto che a seguito dei noti interventi normativi del 1992 e del 1999 (dd.lgss. n. 502 e n. 229, rispettivamente), la dirigenza sanitaria è stata collocata in un unico ruolo, diversificato per funzioni. Rinviando alla bibliografia citata, dunque, la individuazione delle responsabilità dei singoli professionisti appare assai complessa e da articolare in riferimento ad ogni singola fattispecie, tenuto conto delle funzioni essenzialmente di indirizzo che gravano sul ruolo apicale, a fronte di funzioni che non sono tuttavia di mera esecuzione e certamente non di pedissequo subordinate, per l'altro ruolo medico o su quello delle professioni sanitarie non mediche, argomenti, relativamente ai quali la Giurisprudenza della Suprema Corte sembra talora dimostrare una sorta di riluttanza ad ammettere l'evoluzione di sostanza che la norma ha imposto; trascurando di riconoscere l'autonomia, magari lo si può ammettere, più enfatica che reale, ma che certamente a termini di legge caratterizza ogni livello della dirigenza medica al pari della autonomia operativa che connota la professione sanitaria non medica, svincolata, ormai, da quella ausiliarità gerarchica della funzione cara e connessa all'abrogato mansionario¹⁰. Per non parlare delle conseguenze che l'inosservanza della norma sulle autonomie di funzioni potrebbe evocare in capo a chi operi ai massimi livelli di responsabilità, con lo spettro ricorrente del *mobbing* di fronte alle direttive od al difetto di vigilanza nel caso in cui l'autonomia prevista dalla legge non trovi conseguente e corrispettiva soddisfazione nella dimensione pratica e organizzativa dell'attività;
- 4) Da ultimo, ma sicuramente non per importanza, il tema ormai anoso del *consenso*, che a partire dalla sentenza Massimo, più volte, anche in questa sede, richiamata, ha subito ondivaghe rappresentazioni nella Giurisprudenza della Suprema Corte. Per cui, indubbiamente, ferma restando la norma di riferimento, si è passati a considerare la validità giuridica del consenso da presupposto essenziale, addirittura,

⁹ Al riguardo vedi anche V. FINESCHI, P. FRATI, C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica. Il ruolo del capo-équipe e dell'assistente (anche in formazione) alla luce della recente giurisprudenza*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 23, 261.

¹⁰ Sul tema, quali contributi personali, si veda G-A. NORELLI, *L'autonomia e l'equivalenza per le professioni sanitarie nella interpretazione della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. prof. san.*, 2005, 8, n. 1, 10. G-A. NORELLI, M. FOCARDI, A.R. GUIDO, *La figura professionale dell'ostetrica: aspetti normativi e medico-legali*, in *Zacchia*, 2008, 81, 367.

di liceità dell'atto medico, a poco più che un'opzione¹¹, per attestarsi su posizioni indubbiamente più solide sul piano della accettabilità e della comprensione, anche se ancora non prive di evidenti e segnalate zone d'ombra¹².

Ma ciò che più desta stupore, sia consentito ad un medico evidenziarlo, è che il cardine della intera dottrina del consenso e cioè l'imprescindibile ed assoluto diritto dell'assistito a conoscere la diagnosi della patologia che lo affligge, in carenza del quale ogni altra locuzione sulla validità dell'informazione e dell'espressione della volontà e quindi il rispetto dell'indiscutibile diritto della persona ad autodeterminarsi e a scegliere, rimane mera teoria, priva di valore e di senso, non ha trovato nella Dottrina giuridica e nella Giurisprudenza pari livello di considerazione. Quando a nessuno può sfuggire che l'*ingiusto* (nell'accezione strettamente giuridica e etimologica del termine) riserbo sulla diagnosi, non sola viola il noto principio costituzionale, ma contraddice il conseguente assunto della *libera scelta del medico e del luogo di cura* su cui si fonda la legislazione nazionale in materia di Sanità e che il Codice Deontologico della categoria medica sottolinea e riafferma¹³.

E se ancora su tale argomento occorre insistere ed approfondire e se ancora il medico, ma soprattutto il cittadino, ne mostrano una conoscenza limitata e spesso viziata da presunzioni fuorvianti ed il Legislatore sembra voler enfatizzare la materia solo per ambiti circoscritti, ciò significa che la materia stessa necessita di una revisione di fondo in termini di conoscenza, di approfondimento e di diffusione, né può bastare l'ondivago e variegato approccio di carattere penalistico, su cui tanto si insiste, a rivivificare la dignità dell'oggetto ed il valore che dovrebbe essergli proprio, collocandone il significato e l'osservanza in un ambito di coerenza professionale e di percezione dei diritti sostanziali che effettivamente lo definiscono e lo connotano.

4. Il nesso di causalità

Del comportamento si è detto, in termini di responsabilità medica per omissione, pur consapevoli che le poche esemplificazioni sopra richiamate possono avere solo l'utilità di dimostrare come ancora arduo sia il cammino delle proposte e dell'azione e come l'elenco delle

¹¹ Emblematica in tal senso la sentenza «Volterrani» (Cass. pen., Sez I, 29 maggio-11 luglio 2002, n. 3122, con commento di G-A. NORELLI, *Il «consenso» nella giurisprudenza della Corte di Cassazione: «Ius facit saltus»*, Editoriale, in *Med. leg. quad. cam.*, 2003, 25, 149.

¹² Cass. pen., Sez. un., 2009, *cit.*

¹³ Articolo 27 Codice Deontologico.

esemplificazioni sia assolutamente parziale e carente. Ma perché possa concretizzarsi l'ipotesi della colpa medica, deve anche considerarsi la soddisfazione del nesso di causa, il cui riconoscimento, peraltro, al di là di ogni ragionevole dubbio, è prerogativa del Giudice esercitare. Pur medici, si è tra quelli che hanno accolto con piena soddisfazione il recupero da parte del Giudice delle sue prerogative ed in particolare del dovere/potestà, da parte sua, di accertare la sussistenza o meno del nesso causale, riservando al concetto di probabilità o possibilità statistica il valore ed il ruolo di dato esclusivamente tecnico che in effetti doveva competergli. È noto, del resto, quale sia la funzione dell'ausiliario del Giudice né è volontà dell'ausiliario superare i limiti delle sue potestà: tanto che giustamente l'ausiliario non può che risentirsi allorché in ambito di affidamento di incarico gli sia richiesto di esprimersi su concetti quali la «colpa», l'«imprudenza» o l'«imperizia», piuttosto che, come sarebbe opportuno, sulla conformità o meno del comportamento sanitario alle *leges artis* o alle esigenze di specie; ed altrettanto non poteva che risentirsi l'ausiliario, allorché era identificata *tout court*, come motivo di riconoscimento o di diniego del nesso, la percentuale espressa, sul piano strettamente scientifico, ove possibile, di probabilità che l'evento si sarebbe o meno ugualmente determinato al verificarsi di una migliore condotta. Finalmente, anche la percentualizzazione è stata correttamente ridimensionata, ricordandosi come essa sia da ritenere alla stregua di mero elemento di valutazione, né più né meno significativo di altri e comunque certo non unico, che corrobora il libero convincimento del Giudice, senza peraltro condizionarne il giudizio.

Fin qui la teoria, sulla validità della quale vi è indubbia convergenza di opinioni. Ma nel momento in cui si esca dalla espressione dottrina e si affronti in modo concreto la necessità del Giudice di formulare un giudizio, qual è il valore che effettivamente può riservarsi alla valutazione percentuale, ove, naturalmente, sia possibile esprimerla in termini di coerente dimostratività? Innegabile è la suggestione del numero ed innegabile è il fascino che il numero emana rispetto, magari, ad una evanescente aggettivazione che suggerisca la ripetitività casistica. A tal punto che, posto una volta il numero, è arduo anche per il Giudice discostarsi dal suo significato rispetto alla media delle occorrenze, nel senso che, ove la probabilità che l'evento si sarebbe ugualmente determinato, a fronte di un comportamento differente e consono, superi la faticosa soglia del 50%, è ben difficile affermare la sussistenza del nesso di causalità fra l'azione od omissione e l'evento, se non violando le uniche leggi scientifiche che per davvero sono evocabili nella ricorrenza. Ma difficile, anche è affermare che, ove la percentuale sia inferiore al 50%, la condotta risulti del pari causalmente rilevante, senza dover sottostare a complessi e puntuali «distinguo», non dissimili, talora, da pericolosi

bizantinismi¹⁴. Merita, allora, soffermarsi sull'effettiva possibilità di indicare un valore numerico unico (10%? 30%? 49%?...), ovvero che ricorrenza probabilistica sia misurabile solo sulla base di un *range* (10-20%? 20-49%? 40-60%?...), che finisce per vanificare, addirittura, l'espressione numerica e corrode anche la tranquillizzante certezza che il numero sembrava evocare; quando addirittura, come sovente accade, anche se spesso nel corso del processo si cerca di esorcizzare l'evenienza, affannosamente impegnandosi nella semplificazione del giudizio, non sia davvero impossibile esprimersi in forma di ipotesi percentuale ed anche sia impossibile aggettivare la ricorrenza casistica in termini di frequenza. Non solo; ma certo non è difesa corporativa della Categoria sottolineare, in questa sede, l'iniquità profonda dell'assunto secondo cui, accertata la, pur generica, *prevedibilità* dell'evento, si ammetta l'omissione colposa senza aver approfondito, per l'evento medesimo, l'effettiva sua *prevenibilità* e cioè la possibilità/probabilità/certezza effettiva che una diversa e più conforme condotta avrebbe potuto attivare trattamenti idonei ad evocare un risultato più favorevole. Considerato anche, come sovente accade nelle ipotesi di responsabilità medica omissiva, che il trattamento idoneo sarebbe stato anch'esso indubbiamente gravato da rischi di insuccesso, sovrammettendosi le probabilità di danno a marginalizzare virtualmente la rilevanza condizionalistica della condotta. Onde, per concludere su tale aspetto e come si è altrove considerato:

- «la attività sanitaria, assai spesso, non è riconducibile a regole codificate e/o codificabili;
- «non esistono, perlopiù, leggi scientifiche di copertura come non esistono, per ogni atto medico, «coefficienti percentualistici» scientificamente comprovati (cui secondo taluno potrebbe inferirsi valore analogo a quello delle leggi scientifiche di copertura);
- «non esistono o sono assolutamente insoddisfacenti, le possibilità di definire con esattezza le conseguenze di una condotta attiva o di una condotta omissiva, in quanto, rispettivamente, a) non è deducibile prova certa dei caratteri effettivi della condotta attiva perpetrata in epoca antecedente all'evento e b) non può altrettanto spesso controfattualmente dedursi il ruolo della condotta omissiva rispetto alla causazione dell'evento. Basti, ancora, riflettere sul fatto che nella considerazione del comportamento medico, soprattutto rispetto alla condotta omissiva, ciò che costantemente si considera, argomentando in via statistico-probabilistica è ciò che «normalmente» avrebbe potu-

¹⁴ Ineccepibile nell'evocazione del rischio di interpretazione e con attuali spunti propositivi, oltre che ricchi riferimenti, A. MANNA, *La responsabilità professionale in ambito sanitario: profili di diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2007, 29, 591.

to/dovuto conseguire al comportamento, ove non fosse stato viziato dall'omissione; senza debitamente affrontare anche la sequenza probabilistica degli eventi che avrebbero potuto contrassegnare le sequenze di un comportamento corretto e che non sono misurabili neppure all'interno di una probabilità logica e quindi della certezza processuale di cui necessita la verità propria al processo penale»¹⁵.

Tanto che non si poteva che finire a interrogarsi, per logica consequenziale, se per davvero sia applicabile concretamente nella responsabilità medica omissiva la teoria condizionalistica in tema di accertamento del nesso causale e se non sia giunto il momento di considerare il ricorso alla responsabilità civile ed alla responsabilità disciplinare, piuttosto che alla responsabilità penale, elemento necessario per promuovere una tutela dei diritti che sia rispondente alle necessità ed alle attese dei singoli oltre che convergente con le opportunità giuridiche e sociali¹⁶.

5. Il consenso

Torrenti, fiumi, oceani di parole si sono spesi per la materia del consenso e non è certo questa la sede idonea a riproporne i fondamenti insieme ai dubbi ed alle perplessità che soprattutto la Giurisprudenza non ha mancato di indurre nel trascorso decennio, con pronunciamenti diversi e spesso contraddittori e che hanno finalmente (anche se solo parzialmente) avuto un richiamo di aggregazione ad opera delle Sezioni Unite, con la sentenza recente che già è stata oggetto di puntuale e condivisibile commento¹⁷.

Eppure l'argomento ancora oggi è fra quelli sui quali non è possibile non indugiare a riflettere se è vero, come lo è indubbiamente, che a fronte delle implicazioni giurisprudenziali più pesanti per il medico e

¹⁵ G-A. NORELLI, *Indeterminatezza scientifica e ragionevole dubbio: una identità costante nella causalità omissiva?*, Editoriale, *Riv. it. med. leg.*, 2009, 31, 3.

¹⁶ Così anche A. MANNA, *loc. cit.* con importanti riferimenti comparatistici: «[...] In una prospettiva *de jure condendo*, sarebbe, tuttavia, certamente auspicabile l'introduzione di una norma *ad hoc*, la quale consenta di apprezzare nella loro interezza, le peculiarità dell'ipotesi di trattamento sanitario arbitrario...», citando a titolo esemplificativo l'esperienza tedesca e quella portoghese. Essendo in ogni modo da privilegiare il ricorso alla responsabilità civile, magari, ancora ricorrendo alla esemplificazione comparatistica, «[...] strutturando auspicabilmente l'istituto del risarcimento del danno secondo il modello statunitense dei *punitive damages*, proporzionalmente al parametro della "perdita di chances" ovvero della diminuzione della possibilità di sopravvivenza o guarigione legate alla condotta doverosa, omessa».

¹⁷ M. PELISSERO, *Intervento medico e libertà di autodeterminazione del paziente*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 4, 447.

spesso addirittura ostiche da accettare in termini di gravità della sanzione e della ipotesi delittuosa evocata (lesione personale volontaria, omicidio preterintenzionale, violenza privata), tali addirittura da compromettere, ammettendosi, di fatto, una sostanziale intenzionalità di promuovere il danno, l'essenza medesima della professione e la nobiltà dei suoi scopi, si è dovuta constatare una preoccupante indifferenza da parte della categoria medica ad attivarsi massimamente nel rispetto delle norme sul diritto all'autodeterminazione, perseverandosi in una prassi consolidata per cui l'informazione e la relativa testimonianza documentale ancora sembrano essere percepite come un fastidioso e poco utile aggravio ed una burocratica remora. Il tutto dinanzi a una legislazione, tra l'altro, che non agevola la chiarezza dei rapporti e che, promossa da contingenze emozionali, sembra produrre soluzioni di emergenza trascurando la quotidianità delle evenienze e propone soluzioni disancorate dalla normativa vigente che non subisce, tuttavia, alcuna correzione. Con il risultato sconcertante che in materia di consenso il medico non è messo in grado di percepire, ancora, la differenza sostanziale che esiste fra i trattamenti ordinari e quelli gravati da sostanziale eccezionalità, persistendo un'errata percezione delle funzioni e degli obblighi al riguardo e persistendo, nella carenza di norme utili a rendere omogenea ed oggettiva l'acquisizione del consenso al trattamento, una confusione essenziale fra il concetto di «informazione» di «consenso/dissenso» e di «direttive anticipate», finendosi solo per riversare sul medico – fondamentalmente ignaro – l'assunzione di ulteriori e pericolose responsabilità.

Non è certamente questa la sede idonea a considerare tale aspetto della questione, cui, per la complessità che lo connota, potrebbe agevolmente riserversi una intera relazione; ciò che tuttavia interessa a fini di responsabilità professionale medica, ci si consenta una breve digressione, è solo considerare che, dovendo, da medici, prospettarsi un comportamento congruo e conforme alla legge e dovendo indirizzare Studenti e Colleghi su un orientamento corretto, fermo restando quanto a più riprese sin qui affermato in tema di informazione e consenso al trattamento, quale potrebbe definirsi *rispondente ad una attesa condivisa di utile riscontro in termini diagnostico-terapeutici*¹⁸, relativamente alle direttive anticipate resta difficile comprendere come:

¹⁸ Sarebbe utile, a questo punto, ulteriormente condividere la definizione di accanimento terapeutico, che per la prima volta, positivamente a nostro avviso, è, seppure non direttamente, riportata nel ddl 26 marzo 2009, in tema di *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento* che all'art. 1 sub f), fra le funzioni di legge testualmente prevede: «[...] f) garantisce che in casi di pazienti in stato di fine vita o in condizioni di morte prevista come imminente, il medico debba astenersi da trattamenti straordinari non proporzionati, non efficaci o non tecnicamente adeguati rispetto alle condizioni cliniche del paziente o agli obiettivi di cura».

- a) possa intendersi valida una direttiva anticipata in assenza di contestualità fra la formulazione del consenso e l'atto cui si è chiamati a consentire;
- b) come può conciliarsi un intervento attivo di interruzione di procedure ovvero la mancata somministrazione di trattamenti utili a prolungare la vita, da parte di un medico.

A prescindere, infatti, da posizioni ideologiche e soprattutto nell'intento di esaminare la questione nell'esclusiva ottica della responsabilità professionale medica, sembra innegabile che:

1. Come il Diritto insegna (ed in questa sede l'argomento può solo sommessamente sfiorarsi da parte di chi, come chi scrive, non ne sia, contrariamente all'Uditorio, esperto cultore) la validità del consenso al trattamento sanitario risiede, tra l'altro, nella contestualità con cui esso si esprime, rispetto all'atto cui è destinato; e nella pratica ciò che occorre assai spesso è la necessità di intervenire su soggetti che abbiano, ad esempio, posto in essere tentativi di auto soppressione, senza minimamente potersi/doversi interrogare se l'espressione manifesta di volontà ad interrompere la propria esistenza debba essere rispettata anche nel caso in cui il soggetto non sia capace di esprimere la propria volontà. Insuperabile, del resto, sembra essere il principio secondo cui, potendo l'espressione di volontà essere modificata in qualsiasi momento da parte dell'avente diritto, è d'obbligo intervenire secondo quelle che, secondo la scienza medica, sono le presunzioni rivolte a tutelare l'interesse della persona assistita (leggasi il mantenimento della vita, come la conservazione o il recupero della salute) allorché il soggetto non sia in grado di esprimersi validamente¹⁹;
2. Se non impedire che un evento che si abbia l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo e se la cessazione della vita è rappresentata, secondo definizione di legge oltre che per condivise risultanze scientifiche dalla interruzione delle funzioni encefaliche (in particolare dalle funzioni del bulbo dell'encefalo)²⁰ indubbiamente un soggetto che non si trovi in siffatte condizioni biologiche è da considerare *vivo* ad ogni effetto, il medico ha l'obbligo di operare per conservare

¹⁹ La «attualità» del consenso, tra le altre caratteristiche, è ribadita nel ddl citato nella nota precedente, ove, opportunamente si elencano le caratteristiche che l'informazione deve avere affinché il consenso stesso risulti valido. La sua attualità, peraltro, sembra negare *in re ipsa* la possibilità di potersene fornire una anticipazione, non modificabile al momento in cui l'atto in riferimento al quale si sarebbe espresso un consenso valido, deve effettivamente compiersi.

²⁰ Art. 1 l. 29 dicembre 1993, n. 578: «Definizione di morte – La morte si identifica con la cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell'encefalo».

la vita della persona assistita ed ove si astenga dal farlo od intervenga per interrompere le funzioni vitali, esercita volontariamente un atto omissivo o commissivo di cui conosce appieno le conseguenze: onde, rifuggendo da fuorvianti perifrasi, se si ponga in essere l'azione o l'omissione, il medico non può che essere chiamato a risponderne di conseguenza, sia in termini di coscienza e volontà dell'azione sia per le conseguenze, certe e prevedibili, che da essa derivano, essendo ancora pienamente vigente la normativa attuale, che, tra l'altro, non potrebbe ritenersi superata da altra dotata di pari o minor valenza estensiva, ove non ne sia prevista specificamente l'abrogazione.

Argomentando in termini di responsabilità professionale medica ancorata al consenso dell'avente diritto, dunque, non vi è dubbio che la materia risulta ancora di piena attualità, né i recenti pronunciamenti sopra richiamati, pur migliorando la comprensione dell'argomento e soprattutto riconducendone, quantomeno, a convergente assetto l'interpretazione giurisprudenziale, hanno eliminato ogni lacuna in qualche misura codificando la corretta prassi comportamentale. Si è perfettamente consapevoli che il cammino da percorrere è ancora lungo e irto di difficoltà, anche se si ritiene che, forse, vi sia materia perché il Legislatore ipotizzi una sorta di «testo unico» sull'argomento, magari emanato in forma di «protocollo», all'interno del quale trovino spazio definizioni nitide e convergenti, una metodologia condivisa e ineludibile per garantire l'informazione ed acquisire l'espressione della «scelta partecipata», le circostanze da ritenere eventualmente in deroga e le istituzioni connesse (amministratore di sostegno, per esempio), oltre alla possibilità di prevedere, finalmente, il «rifiuto di sapere» e le precise potestà di delega.

L'ambito della responsabilità medica e sanitaria in genere, in definitiva è convergentemente riconosciuto come dotato di paradigmatiche unicità e tale da fornire dimostrazione certa di come la legislazione in materia sia carente e superata ed offra spunto ad interpretazioni talora incerte, spesso gravate da pericoloso soggettivismo, generalmente foriere di perplessità e di dubbi, tali da contraddire, sovente, l'essenza medesima della certezza del Diritto. Ciò, come si è cercato di dimostrare, incombe soprattutto nell'ipotesi della responsabilità sanitaria di natura omissiva, ma in genere può dirsi, nel riferimento alla responsabilità professionale medica, che sia l'accertamento della condotta, sia, con maggior ragione, del nesso sia, infine, la considerazione del consenso al trattamento rende l'ambito penalistico precario spazio per l'argomentazione dottrinarie e la Giurisprudenza palestra di una dialettica talora tortuosa e contraddittoria che rischia sovente di allontanarsi dalla interpretazione realistica del fatto. Risultandone una insoddisfazione sostanziale al dibattito giuridico, ma soprattutto alla considerazione pratica della professione, che rischia di accentuare una precarietà già evidente della *alleanza terapeutica* fra il

medico e l'assistito, dei cui limiti di sostanza si ha dimostrazione nell'incremento costante del contenzioso e di cui enfaticamente si ripropone il nome, quasi a richiamarne in vita un'immagine ormai lontana.

Se, tuttavia, nel convergente impegno del Diritto e della Medicina, si prenda atto del mutamento sostanziale dei tempi, delle necessità e delle esigenze di ciascuno degli attori, in modo da manifestarsi sensibili gli uni agli interessi degli altri e tutti parimenti accorti nel tutelare le reciproche volontà, operando nella ricerca di un linguaggio comune, base sostanziale per la comprensione di una metodologia volta a rappresentare i diritti individuali e della collettività, forse potrebbe, almeno per lo specifico ambito della responsabilità professionale medica, colmarsi il divario che esiste fra la norma, la sua interpretazione e la realtà della prassi, in una sinergia di orientamento, che è *giusta* nella misura in cui pone il Diritto e l'omogeneità oggettiva che da esso promana, nella recuperata dimensione della certezza che sempre deve essergli propria.

NOTE MINIME SULLA RESPONSABILITÀ OMISSIVA NELL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE MEDICA

di *Giovannangelo De Francesco*

SOMMARIO: 1. La 'crisi' della causalità come categoria generale. – 2. Omissione e 'leggi scientifiche': un percorso indecifrabile. – 3. Contenuto ed estensione dei doveri di intervento in ambito medico. – 4. Dovere di agire e colpa del sanitario: un confronto sinergico.

1. La 'crisi' della causalità come categoria generale

La riflessione sul tema dell'imputazione dell'evento – specialmente riguardo all'omissione – nell'ambito della responsabilità medica si trova a tutt'oggi al centro di un dibattito di cui è difficile intravedere la futura evoluzione. La celebre pronuncia della Corte di cassazione a Sezioni Unite, pur determinando una 'svolta' significativa nell'impostazione del problema, ha lasciato invero sul campo alcuni delicati interrogativi, con i quali la dottrina e la giurisprudenza vanno ancora confrontandosi seguendo linee di sviluppo non sempre convergenti.

Senza pretendere, in questa sede, di offrire un quadro analitico delle tendenze in materia, vorremmo piuttosto cercare di collocare la questione in una prospettiva più ampia e generale, per poi verificare se da tale visione complessiva possano desumersi alcune indicazioni utili anche ai fini del problema specifico. A tale proposito, sembra allora di poter dire come quest'ultimo rappresenti, a ben guardare, il luogo di emersione di una vicenda destinata a scuotere in profondità la stessa categoria della 'causalità' nel diritto penale, mettendone in dubbio la sua originaria estensione a tutti i fenomeni caratterizzati da una connessione obiettiva tra determinati accadimenti. Vogliamo fare riferimento a quella che si potrebbe oggi denominare, senza timore di cadere nell'eccesso, come la *crisi della causalità* quale categoria di applicazione generale.

È interessante osservare, in effetti, come la dottrina attuale, che pure si è andata sempre più orientando verso una 'decostruzione' progressiva del cosiddetto diritto penale 'classico' (non senza accusare eccessi di 'nuovismo' che hanno inutilmente frammentato e moltiplicato le cate-

gorie concettuali e reso impervio e quasi 'iniziatico' il linguaggio volto a designarle) registri invece una sorta di legame incrollabile con l'ambito tradizionalmente assegnato al rapporto causale. Non che un simile atteggiamento escluda la percezione – presente in numerosi autori – che il metro causale non si riveli sempre idoneo a soddisfare le attuali esigenze repressive; ma tale percezione lascia comunque intatta la sfera di rilevanza attribuita alla causalità, e si dirige piuttosto verso l'obiettivo di potenziare, in sede di riforma, modelli d'illecito a struttura 'non causale', proprio per evitare l'inquinamento di quella categoria consolidata.

Tra le ragioni di una simile tendenza, un posto di primo piano spetta indubbiamente al parallelo processo di 'modernizzazione' e di aggiornamento sistematico nello studio e nella verifica in concreto della sussistenza di un rapporto causale. L'idea di agganciare quest'ultimo al necessario ricorso a determinate 'leggi scientifiche' pertinenti alle situazioni da valutare ha avuto, in effetti, come risultato quello di offrire una rinnovata base di legittimazione alla categoria in esame, sul presupposto ch'essa fosse in grado finalmente di sottrarsi alle insidie di un 'libero' apprezzamento da parte del giudice circa la sussistenza del nesso con l'evento. Una soluzione del genere – non priva, peraltro, di alcuni antecedenti illustri presso la dottrina di lingua tedesca – ha comportato, tuttavia, alcune conseguenze della cui reale portata non sono in molti ad essersi mostrati consapevoli.

Al proposito, è necessario premettere come la visione della causalità generalmente accolta fino all'Ottocento inoltrato (e, in Italia, anche in tempi successivi) venisse per lo più a collocarla su di un terreno – certo ben lontano dalle analisi rigorose proprie della moderna epistemologia – ma tuttavia particolarmente sensibile all'esigenza di evitare eccessive dilatazioni della sfera d'imputazione dell'evento. Chi abbia un minimo di familiarità con l'elaborazione del problema causale nel contesto del diritto comune, ed ancor più con le vicende italiane precedenti e successive alla codificazione dell'89, potrà facilmente constatare come, sia negli studi teorici che nelle applicazioni pratiche, la tendenza prevalente fosse nel senso di un frequente ricorso a regole di comune esperienza collegate alla verifica in ordine alla concreta prevedibilità dell'evento verificatosi. L'intrinseco 'teleologismo' delle relative valutazioni – l'orientarsi di queste verso la ricerca di un nesso operante in chiave preventiva rispetto all'evento – si poneva quale baluardo per impedire la concreta riferibilità all'agente di sviluppi imprevedibili, tanto più laddove si trattasse di condotte altrui capaci di interpersi, quali 'cause mediate', lungo la trama eziologica produttiva dell'evento. Il ruolo della causalità, in tale prospettiva, non si presentava alla stregua di una valutazione bisognosa di 'correzioni' successive ad opera della colpevolezza, quanto piuttosto quale 'integrazione' dello stesso profilo personalistico della responsabilità penale, nel senso

di escludere quest'ultima laddove l'autore non avesse appunto 'causato' l'evento per l'impossibilità di prevedere e di orientare gli sviluppi della condotta, con la conseguenza di farli apparire come il frutto ed il risultato di circostanze puramente 'fortuite'.

In un tale quadro d'insieme, la causalità poteva ben aspirare a collocarsi quale categoria di portata 'generale': ossia, necessariamente estesa, sia all'azione che all'omissione, sia ai fatti colposi che a quelli dolosi (anche questi, per vero, sottoposti ad analoghe limitazioni, escludendosi il nesso con l'evento in presenza di fattori ritenuti 'accidentali' rispetto all'esplicazione della condotta), sia alla realizzazione monosoggettiva, che a quella dovuta al concorso di terze persone.

Peraltro, già con il sorgere e l'affermarsi della teoria condizionalistica, la valutazione causale verrà a presentare, com'è ben noto, un grado maggiore di 'neutralità' e di oggettiva autonomia rispetto alla verifica degli ulteriori requisiti d'imputazione del fatto. Ma non può dimenticarsi, tuttavia, come tale concezione, pur rinviando alla colpevolezza l'analisi dei profili più strettamente collegati al piano soggettivo dell'illecito, preservasse tuttavia (ed anzi, accentuasse) la sfera di estensione della causalità a tutte le 'forme' di apparizione del reato, quali si sono poc'anzi ricordate: come conferma, per di più, in maniera emblematica, la circostanza che tale teoria abbia avuto addirittura la propria origine sul terreno del concorso di persone, in base all'assunto dell'impossibilità di distinguere, su questo terreno, la posizione dei concorrenti da quella propria dell'autore del fatto.

2. *Omissione e 'leggi scientifiche': un percorso indecifrabile*

Quali appaiono, viceversa, i risultati attingibili alla luce delle più recenti elaborazioni 'scientifiche' del problema causale? In primo luogo, come si è recentemente ribadito, la problematica del concorso di più persone nel fatto viene ormai a confermare come, sul terreno dei rapporti tra condotte, il parametro causale 'naturalistico' non abbia alcuna possibilità di essere riportato a delle 'generalizzazioni' fondate su di una pertinente 'legge di copertura': non vi è alcuna 'necessità' sul piano eziologico che colleghi tra loro libere scelte d'azione, né sarebbe sensato procedere ad una 'ridescrizione' dell'evento di fronte a quella che appare – com'è stato ben detto (Padovani) – soltanto come una «causalità storica» che «non fornisce spiegazioni», tali non potendo considerarsi quelle che si limitino a constatare, ad es., che l'autore di un reato si sia avvalso dei mezzi o delle informazioni da altri fornite (posto che niente assicura il ripetersi di tale fenomeno, alla stregua di una «legge scientifica» che ne postuli una successione regolare).

L'ossessione' della causalità nei rapporti tra comportamenti umani non fa davvero onore all'impegno con il quale la più recente dottrina

ripercorre ormai con consumata maestria l'immensa produzione sul tema causale, destreggiandosi senza particolari impacci od esitazioni nelle opere di filosofi della scienza, studiosi di logica, epistemologi e cultori di discipline affini. Se la 'vecchia dogmatica' ha da essere abbandonata (purché, beninteso, ciò non comporti una sorta di 'rifiuto in blocco', non meno ottuso ed aprioristico), ebbene si cominci a riconoscere che *la causalità, proprio in virtù delle acquisizioni più recenti, non può più coprire l'ambito sistematico in precedenza attribuito*: e non può più farlo, in primo luogo, proprio nel vastissimo ambito dei fenomeni di condotte 'multiple' sia pur collegate e interagenti tra loro. Ciò, a ben guardare, non soltanto perché, come si è pure sottolineato, emergano oggi fenomenologie criminali in precedenza poco conosciute, bensì, soprattutto, perché è la stessa elaborazione moderna della tematica causale che vede accentuarsi la sua incompatibilità con *qualsiasi fenomeno* di coesistenza di più condotte cooperanti (anche al di fuori di un nesso 'concorso' in senso stretto) alla verifica dell'offesa. E del resto, è la stessa giurisprudenza a dimostrare come il ricorso al paradigma causale si riveli infruttuoso, ed anzi, più spesso, addirittura pericoloso e fuorviante; anche a voler tacere delle perenni insidie di una causalità meramente 'ipotetica' o delle distorsioni dovute al richiamo alla cosiddetta 'prognosi postuma', basti considerare come il rigore apparente del parametro causale si dissolva nei fatti in valutazioni meramente presuntive circa l'influenza del singolo contributo, e prima ancora nella difficoltà di fissare il termine di relazione del giudizio causale (non essendo, d'altronde, il richiamo al cosiddetto 'fatto in concreto' in grado di selezionare le modalità rilevanti per potervi fondare la partecipazione).

Per molti versi collegato a simili tematiche si rivela, d'altro canto, anche il problema, di particolare interesse in questa sede, della causalità dell'omissione. Per comprenderne le ragioni, è necessario tuttavia premettere, in chiave generale, alcuni rilievi sistematici in merito all'attuale modo di presentarsi della controversa questione.

Un buon punto d'avvio può rinvenirsi nella seguente, autorevolissima, affermazione di principio: «l'omissione, non costituendo una situazione empiricamente rilevabile, non può essere sussunta sotto leggi» (Padovani). Già si avverte, immediatamente, il senso più profondo di quanto si osservava poco sopra. L'attuale riconduzione della causalità sotto la 'copertura' di leggi scientifiche, il suo progressivo emanciparsi da criteri di giudizio fondati su regole di comune esperienza, viene ad esaltare e ad accentuare la distanza che separa l'omissione dalla logica della causalità.

'Scientificamente', il rapporto causale può instaurarsi, invero, tra un fenomeno, naturale od umano, di consistenza 'positiva' ed uno sviluppo materiale conseguente – ad es., tra una malattia e il suo ulteriore aggravamento o il verificarsi della morte di chi ne era affetto. In tema di omissione, viceversa, non soltanto quest'ultima, considerata in quanto

tale, non può essere 'causa' di alcunché, ma nemmeno è possibile, a ben guardare, costruire 'scientificamente' una relazione di tipo causale facendo perno sulla cosiddetta capacità impeditiva dell'azione omessa. Nello scenario di carattere 'virtuale' in cui l'azione dovrebbe collocarsi, la valutazione di tale efficacia viene infatti a scontrarsi con l'impossibilità di definire la dinamica concreta dei fattori potenzialmente interagenti con l'esito non impedito. Fattori – per proseguire nell'esempio – non soltanto attinenti, in ipotesi, alle particolari condizioni o caratteristiche organiche proprie del paziente – quali, ad es., la sensibilità rispetto a determinati tipi di farmaci, ovvero la capacità di sopportare i rischi di un intervento chirurgico o di reagire positivamente nella fase postoperatoria – ma anche inerenti, per così dire, al contesto meramente fattuale in cui la condotta avrebbe dovuto esplicarsi: tra di essi, ad es., la possibilità di rivolgersi ad un chirurgo particolarmente esperto in quel certo tipo di interventi, la circostanza che questi potesse avvalersi di un *équipe* di livello professionale più o meno elevato, la disponibilità, di fronte ad eventuali situazioni d'urgenza, di personale paramedico qualificato non 'impegnato' temporaneamente altrove, e così dicendo.

La trama delle ipotesi, come mostrano gli esempi, tende peraltro a dipanarsi – soprattutto in campo medico – in una successione di accadimenti, in un loro giustapporsi lungo un percorso essenzialmente 'diacronico'; la diagnosi è un primo passo, cui dovrebbe poi seguire la scelta della terapia, la sua concreta effettuazione da parte, eventualmente, di un altro specialista (e prima ancora, trattandosi di intervento chirurgico, l'esecuzione dell'anestesia), ulteriori controlli ed analisi cliniche *in itinere*, l'individuazione di adeguate prescrizioni da osservare durante la convalescenza, ecc. È stato giustamente notato, a tale riguardo, che «l'opera del sanitario è inevitabilmente inter- e pluri-soggettiva. Egli interagisce col proprio paziente; assai di frequente, poi, coopera con colleghi; i suoi comportamenti, dunque, influiscono spesso [...] su *scelte* altrui»; e se ne è altresì dedotto – ed è questo un aspetto centrale dell'intera problematica – che «comportamenti 'futuri' dei soggetti coinvolti «sono ontologicamente imponderabili, perché non predeterminati dall'operare di alcuna legge scientifica – bensì da atti di volontà – né a loro volta 'provocati', in senso stretto, da fattori antecedenti» (Vallini).

Ebbene, è appunto in tema di omissione che simili conclusioni appaiono, a nostro avviso, ancor più significative e qualificanti. Nello scenario ipotetico è particolarmente difficile poter stabilire se, in presenza della condotta doverosa, altri fattori potenzialmente impeditivi dell'evento avrebbero operato in direzione di un 'buon' esito dell'intera vicenda; prima dell'esito finale di quest'ultima, prima ancora di poter collegare l'azione omessa all'evento *tout court*, ecco delinearsi la difficoltà di prevedere, in ipotesi, in qual modo terzi soggetti si sarebbero effettivamente orientati di fronte ai casi sottoposti alla loro attenzione.

La chiave di volta della questione non risiede, da questo punto di vista, nel postulare una sorta di vicenda causale 'alla rovescia', per così dire, una potenzialità interruttiva del processo causale reale nutrita delle valutazioni scientifiche di una 'legge naturale' di copertura; il problema, piuttosto, consisterà essenzialmente nel domandarsi quale condotta sarebbe stata la più idonea a creare le premesse per un positivo intervento di altri fattori capaci di cooperare al risultato più favorevole per la persona interessata. Ciò che fonda, insomma, il giudizio ipotetico, non è la causalità (rispetto a che cosa?), bensì – come osservammo in altra sede – la funzionalità e 'strumentalità' del contributo omesso rispetto all'avverarsi di fattori, ed assai spesso comportamenti di terzi, che non trovino appunto ostacolo in un'insufficiente predisposizione delle basi per il loro intervento.

In altri termini: il ricovero tempestivo, la corretta diagnosi, l'operazione condotta *lege artis*, i controlli ed i trattamenti da praticare nelle fasi ulteriori, si dispongono lungo l'asse di una vicenda in cui ciò che può e deve esigersi, alla luce dell'esperienza, è la creazione dei presupposti affinché il percorso da compiere non venga distorto od alterato da precedenti (o contemporanee) inadempienze.

Per converso, sarebbe irragionevole richiedere – avendo adesso riguardo essenzialmente alle condotte di terzi – una valutazione ipotetica circa il fatto che i rispettivi obbligati si sarebbero o meno concretamente impegnati nello svolgimento di determinate attività funzionali al percorso terapeutico.

Ed invero, una simile valutazione rischierebbe di legittimare, sia pure indirettamente, una visione della responsabilità medica potenzialmente esposta a due derive francamente inquietanti, e, ciò che più conta, del tutto incompatibili – sia pure per opposte ragioni – con la dimensione deontologica e operativa della corrispondente attività professionale; da un lato, in effetti, essa potrebbe spingere a riconoscere – al fine di aumentare le *chances* di impedimento dell'evento – un dovere di agire destinato ad estendersi oltre i limiti del fondamentale 'principio di affidamento' (Bartoli): non soltanto nel senso di sollecitare un'attività di controllo sulla correttezza dell'altrui operato (la quale, almeno in alcuni casi, potrebbe pure considerarsi ammissibile), ma addirittura nel senso di un invito ad esplicitare eventuali interventi 'surrogatori' rispetto a possibili inadempienze, per quanto del tutto estranei alle competenze professionali del singolo obbligato; dall'altro lato, però, essa potrebbe anche suonare come un abnorme incentivo per un atteggiamento di più o meno diffusa 'deresponsabilizzazione' dei soggetti variamente coinvolti nella vicenda terapeutica (del tipo: perché impegnarsi al massimo delle proprie possibilità, se poi l'incapacità di altri o le disfunzioni dell'apparato renderanno quasi certamente inutili gli sforzi compiuti?).

3. *Contenuto ed estensione dei doveri di intervento in ambito medico*

I sostenitori del dogma causale potrebbero, forse, giunti a questo punto, sentirsi in dovere di replicare: non si correrà il rischio, una volta ridimensionata la valutazione ipotetica circa gli ulteriori 'anelli' (naturali od 'umani') della vicenda causale, che la responsabilità dell'omittente venga di fatto a gravitare sulla sola condotta, con l'effetto di trascurarne il legame, sia pur concepito in termini probabilistici, con l'esito finale 'non impedito'?

L'obiezione, tuttavia (a parte quanto si dirà tra breve) si rivela già in partenza condizionata dalla discutibile pretesa di applicare all'omissione la categoria della causalità. Una categoria, la quale, anche a prescindere dai rilievi già svolti, soffre ancor oggi della stessa difficoltà di fissare il livello 'percentuale' delle probabilità ('scientificamente' determinate) rilevanti per imputare l'omissione: difficoltà, a ben guardare, niente affatto superate dalla pur decantata regola di giudizio dell' 'oltre ogni ragionevole dubbio', nella misura in cui detta regola, di rilevanza processuale, mal si presta ad essere surrettiziamente trasferita in ambito sostanziale, essendo tale pretesa incompatibile con la stessa idea di fare ricorso a quelle 'leggi scientifiche' nella verifica del rapporto causale, che pure andrebbero definite prima ed indipendentemente dall'accertamento processuale del nesso con l'evento.

Non si fa molta strada, d'altro canto, neanche ove ci si appelli al noto criterio della cosiddetta 'probabilità logica', se è vero, com'è stato osservato, che la connessa valutazione di possibili decorsi 'alternativi' «perde di legittimazione in ambito omissivo» (Masera), venendo essa a risultare pressoché impraticabile a motivo della configurazione in chiave meramente ipotetica e congetturale dell'azione omessa. Vale la pena ribadirlo: la suggestione di formule divenute 'alla moda' non rende un buon servizio allo scavo sistematico dei problemi di fondo della responsabilità penale, e rischia anzi di celare dietro risorse linguistiche di nuovo conio (o comunque di più recente utilizzazione) aporie sistematiche che il lessico tradizionale lasciava almeno intravedere nella loro insuperabile ambiguità.

A parte tale rilievo di principio, l'obiezione suddetta non tiene, in realtà, sufficientemente conto almeno di due aspetti fondamentali. In primo luogo, il collegamento 'funzionale' della condotta doverosa con lo sviluppo complessivo del processo terapeutico non implica la conseguenza che la corrispondente condotta omissiva debba in ogni caso attingere il piano della rilevanza penale. Invero, può ben accadere che il quadro patologico esistente escluda l'efficacia di un simile intervento rispetto all'avverarsi di processi naturali o condotte di terzi capaci di incidere positivamente sul decorso della malattia; ed anzi, risultano, purtroppo, tutt'altro che infrequenti i casi in cui certi tipi di trattamento potrebbero, addirittura, avere come effetto un'evoluzione più rapida di un simile decorso, tanto da sconsigliare la loro effettuazione.

Quanto detto non significa, beninteso, che si debba aderire all'idea che la responsabilità venga meno, laddove il paziente non potesse, comunque, essere 'salvato' dal proprio destino di morte o da un ulteriore aggravamento della propria infermità: la possibilità di un recupero, sia pur temporaneo, di un'accettabile 'qualità della vita' dovrà essere, per vero, presa comunque in considerazione ai fini del giudizio circa la rilevanza dell'omissione.

L'obiezione, talora formulata, secondo la quale sarebbe difficile misurare e 'quantificare' il tempo di sopravvivenza del paziente atto a fondare l'addebito omissivo si rivela, da questo punto di vista, sostanzialmente priva di un reale fondamento. Il confronto con l'ipotetica 'funzionalità strumentale' della condotta doverosa deve svolgersi, in effetti, non già sulla base esclusiva di tale riferimento temporale, bensì guardando alla possibilità di una sia pur relativa e provvisoria possibilità di godere di quelle relazioni sul piano sociale o familiare – oltre che di condizioni personali meno gravose ed incapacitanti – altrimenti destinate ad essere interrotte o rese particolarmente precarie a causa delle sofferenze dovute all'approssimarsi dell'esito infausto: e del resto, perché negare rilievo a simili valutazioni, quando il consenso del paziente a certi tipi d'intervento venga prestato, in ipotesi, anche in vista di un tale, seppur più limitato, orizzonte esistenziale?

Il profilo centrale – troppo spesso dimenticato – risiede tutto in una visione profondamente 'umana', se così si può dire, non soltanto del rapporto medico-paziente, ma anche del ruolo e della fisionomia della professione medica, delle risorse ch'essa è in grado di esprimere come pure dei limiti che a quelle risorse si accompagnano, e che appaiono peraltro funzionali allo stesso tipo di prestazione che in esse s'incardina.

Il medico deve impegnarsi al massimo nella cura del paziente: né può addurre a sua difesa la circostanza che l'esito delle cure non gli avrebbe comunque ridato la salute. Obbligarlo ad 'impedire l'evento' – nel senso rigoroso di una *restitutio in integrum* di quel bene compromesso – rappresenta, da questo punto di vista, una richiesta improponibile, sia per eccesso che per difetto: per eccesso, in quanto essa implicherebbe un potere d'influenza sul corso degli avvenimenti che in molti casi sarebbe del tutto irrealistico ipotizzare; per difetto, in quanto tale constatazione non può giustificare atteggiamenti di rinuncia o di allontanamento dal 'calice' amaro del rischio dell'insuccesso, magari supportati dall'argomento pretestuoso dell'estrema incertezza ed opinabilità dell'indagine 'causale'.

Ed in effetti – è opportuno ribadirlo – la causalità finisce col rivelarsi, in questa materia, come un criterio sostanzialmente inespressivo, e, più in radice, del tutto incommensurabile con la ricostruzione dei presupposti della responsabilità omissiva; la sua persistente utilizzazione – ad onta della pur copiosa e lussureggiante 'teoria' di modelli esplicativi dispensati con compiaciuta erudizione – tradisce, in realtà, una difettosa

percezione dei termini del problema, oltre che un anacronistico livellamento con vetuste rappresentazioni di scuola: come poter equiparare, ad es., il caso del bagnino neghittoso a quello del medico operante nell'ambito di un complesso *iter* terapeutico, quale 'garante' (nei limiti del possibile!) dell'altrui salute?

4. *Dovere di agire e colpa del sanitario: un confronto sinergico*

Resta adesso da gettare uno sguardo sul secondo profilo dianzi accennato. Come ben s'intende, a venire qui in gioco è il ruolo da attribuire al momento della colpevolezza, e della colpa, in particolare.

Una prima osservazione, ad evitare apparenti difficoltà od inutili appesantimenti sistematici: si aderisca o meno alla tesi della cosiddetta «doppia misura» della colpa, è abbastanza chiaro che, almeno in questa materia, il 'dovere di garanzia' viene sostanzialmente a coincidere con la postulata dimensione 'oggettiva' del precetto cautelare. Detto altrimenti: il dovere di agire – colto in una dimensione 'impersonale' – non può che venire sostanziato ed implementato dalla condotta corrispondente al miglior grado di conoscenze ed esperienze nell'esercizio dell' 'arte medica' in un determinato momento storico.

È altrettanto indubbio, tuttavia, che il campo della medicina è il 'regno', si può ben dirlo, della molteplicità di 'agenti-modello'; è nella stessa logica di una disciplina in continua evoluzione, sempre più ricca di conoscenze, ma allo stesso tempo permeata di nuove incertezze, che i 'saperi' professionali trascorrono da livelli inferiori a più elevati profili specialistici, e che la sfida al male veda impegnata una sperimentazione in cui il 'non più' e il 'non ancora' delle acquisizioni o delle conferme ottenibili si traduce in una valutazione particolarmente duttile ed articolata delle differenti basi cognitive e dei molteplici livelli esperienziali di volta in volta configurabili. Una siffatta articolazione di modelli professionali – sovente trascurata dalla giurisprudenza, là dove essa, ragionando col 'senno di poi', tende di fatto a riconoscere la possibilità di una 'scelta alternativa' da parte del medico, per quanto da lui personalmente inesigibile – rappresenta una chiave di lettura indispensabile alla ricerca di un punto di equilibrio tra il troppo e il troppo poco di una reazione penalmente atteggiata.

La necessità di tale complesso bilanciamento vede oggi il progressivo diffondersi di posizioni favorevoli a subordinare la responsabilità – altrimenti priva di corrispondenza con le ragionevoli aspettative provenienti dalla stessa 'classe medica' – all'esistenza di una colpa da reputarsi concretamente 'grave'. Tale criterio, peraltro, sembra concentrarsi su di un apprezzamento di tipo quantitativo, laddove, a ben vedere, ben più significativa e qualificante sarebbe una scelta volta a valorizzare una più arti-

colata diversificazione sul piano qualitativo degli stessi agenti-modello. Ed invero, non si tratta tanto di distinguere tra colpa grave e colpa semplice o 'lieve', quanto, più semplicemente, di prendere atto che non tutti i soggetti si pongono sul medesimo livello di competenza ed esperienza professionale; ragion per cui, come il soggetto più esperto, che non abbia osservato le regole che lo riguardano, sarà responsabile per colpa, allo stesso modo il soggetto meno esperto potrà rispondere a tale titolo, soltanto laddove gli si possa rimproverare di non aver impiegato i mezzi e le conoscenze che era personalmente in grado di mettere a frutto nello specifico «contesto» operativo (Palazzo).

Una funzione – quella del giudizio di colpa – suppletiva e vicariante rispetto a possibili 'eccessi' nel riconoscimento sul piano obiettivo dell'imputazione dell'evento? Non è propriamente così: anche se non dovrebbe stupire il rilievo che alla colpevolezza – purché concepita in chiave strettamente 'personale' – venga riservato il ruolo, per definizione suo proprio, di 'ridurre' e circoscrivere l'area della responsabilità per l'esito lesivo verificatosi.

E tuttavia, come si diceva, il problema si pone in termini parzialmente diversi. La valorizzazione del profilo soggettivo della colpa implica come suo presupposto la preventiva definizione (o ridefinizione) in termini rigorosi dalla tipologia del dovere di agire nella sua dimensione obiettiva. È stato notato al riguardo che la coesistenza all'interno del processo terapeutico (anche nell'ambito dell'attività in *équipe*) di compiti ed attribuzioni sempre più articolati e diversificati è il necessario portato dell'influenza dovuta all' 'idea' della colpa come categoria commisurata alle singole condotte ed «aree di rischio» (Micheletti) di cui si debba valutare l'ambito e la rilevanza.

Una tale affermazione, che pure è stata avanzata privilegiando il momento obiettivo 'tipico' della colpa come profilo in certa misura alternativo alla mera causalità, pare tuttavia utilizzabile anche nell'ottica – qui preferita – di una visione del dovere obiettivo imposto dalle *leges artis* come strettamente collegato al piano dell'obbligo di garanzia di volta in volta configurabile. Ebbene, in tanto può avere un senso riportare allo stadio del cosiddetto agente-modello (nella sua dimensione 'personalistica') l'esigibilità del rispetto del suddetto dovere, in quanto esso venga concepito, ancor prima, come 'selettivamente' riferito ad una condotta dai contorni rigorosamente individuati: una condotta, in altri termini, che non venga proiettata in direzione del solo 'evento', ma che venga invece ritagliata all'interno del complessivo processo terapeutico (e del rapporto con le altrui condotte), con l'effetto, bensì, di addebitarla per la mancanza di quell'apporto 'funzionale' ch'essa avrebbe potuto fornire, ma senza tuttavia 'caricarla' – né in *bonam* né in *malam partem* – di quelle smisurate potenzialità impeditive postulate dal dogma causale.

Il 'futuro' della responsabilità medica – in particolare, quella omissiva – si gioca, come tutto sembra dimostrare, sul terreno di queste fondamentali interazioni sistematiche: un dovere circoscritto e teleologicamente collegato a specifici compiti ed attribuzioni, come premessa necessaria per un giudizio di colpa che non si risolva, a sua volta, in una valutazione estesa ad un'illimitata serie di incombenze e di interventi impeditivi praticamente inesigibili.

RIFLESSIONI SULLA COSIDDETTA «CAUSALITÀ OMISSIVA» IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ MEDICA

di Francesco Viganò

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Le tesi di fondo qui sostenute. – 3. Giudizi esplicativi e giudizi prognostici nell'imputazione di eventi penalmente rilevanti.. – 4. Lo schema di accertamento della responsabilità per avere «colposamente cagionato» l'evento lesivo a carico del paziente... – 5. ... e per avere «omesso di impedire» l'evento lesivo. – 6. Una prima possibile obiezione. – 7. Conseguenze pratiche dell'inquadramento sistematico qui proposto. – 8. (Segue): l'ipotesi del 'fallimento' della regola cautelare nella situazione concreta. – 9. (Segue): il giudizio sull'efficacia della regola cautelare nella situazione concreta. – 10. L'accertamento del secondo nesso tra colpa ed evento nei reati commissivi colposi. – 11. L'estensione dei principi sin qui enunciati alle ipotesi di responsabilità dolosa. – 12. Un breve excursus sulla «terza via» proposta da Roxin. – 13. In chiusura: qualche replica preventiva ad altrettante obiezioni.

1. Il problema

La riflessione dottrinale e giurisprudenziale in tema di causalità registra oggi un largo – per quanto non unanime – consenso attorno alla soluzione cristallizzata dalle Sezioni unite penali nella sentenza *Franzese*¹, quanto meno in relazione ai reati *commissivi* di evento; soluzione che, come è noto, si impernia attorno ad un meccanismo di accertamento *bifasico*, che passa *a)* per la rilevazione di una legge scientifica di copertura, anche a struttura probabilistica, che stabilisca una correlazione tra la classe di accadimenti nei quali è sussumibile la condotta dell'imputato e la classe di accadimenti nei quali è sussumibile l'evento concreto, e *b)* per la successiva esclusione, al di là di ogni ragionevole dubbio, di possibili spiegazioni causali *dell'evento concreto* alternative rispetto all'ipotesi che l'evento stesso sia stato causato dalla condotta dell'imputato.

¹ Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 1133 ss.

Assai più oscuro resta, allo stato, il meccanismo di accertamento della cosiddetta causalità *omissiva*, essendo stato persuasivamente dimostrato come lo schema bifasico della sentenza *Franzese* non possa strutturalmente operare rispetto ad una situazione in cui, *per definizione*, l'evento costitutivo del reato non è *causato* dalla condotta dell'imputato, bensì da fattori a lui del tutto estranei².

Una volta che il giudice abbia accertato il *reale* meccanismo di produzione dell'evento, attraverso i medesimi passaggi che valgono per l'accertamento della causalità «commissiva», si tratterà qui di formulare, in via controfattuale, una *prognosi* (postuma) su come tale decorso causale reale sarebbe stato modificato, qualora l'imputato avesse compiuto la condotta doverosa X. Tale prognosi dovrà anch'essa fondarsi sulle conoscenze scientifiche disponibili (e dunque, laddove esistenti, su studi sperimentali od osservazionali che mostrino l'*idoneità* di condotte del tipo X a contrastare i meccanismi di produzione della classe di eventi nei quali è sussumibile l'evento concreto). Ma il problema sarà che, nella stragrande maggioranza delle ipotesi, il giudice non riuscirà ad attingere alcuna *certezza* circa la non verificazione dell'evento concreto se l'imputato avesse compiuto l'azione X.

Gli studi sperimentali e osservazionali utilizzati dal giudice e dai suoi consulenti saranno per lo più in grado di stabilire soltanto una *correlazione statistica* tra il compimento dell'azione X e la mancata verificazione dell'evento (ad es.: l'immediata somministrazione di antibiotici in presenza di un dato quadro patologico ha il 70% di probabilità di eliminare l'infezione in corso; la rimozione chirurgica di un tumore alla prostata con determinate caratteristiche e dimensioni assicura la sopravvivenza del paziente nel 60% dei casi; ecc.). Tale correlazione potrà, naturalmente, essere meglio precisata con riferimento alle specifiche circostanze del caso concreto, ancorché conosciute *ex post*, tra le quali in particolare – in ambito medico – l'età, le condizioni generali di salute del paziente, eventuali patologie sconosciute al momento del fatto; ma, alla fine, il risultato sarà pur sempre quello di un giudizio di natura *probabilistica*, incapace (se non in casi del tutto marginali, in ambito medico) di esprimere una valutazione in termini di *sicura* efficacia impeditiva dell'azione doverosa omessa³.

Quid iuris, in casi siffatti? Potrà il giudice accontentarsi, ai fini della condanna, dell'accertamento che *probabilmente* la condotta omessa avrebbe impe-

² Cfr. sul punto L. MASERA, *Il modello causale delle sezioni unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 498 s.; P. VENEZIANI, *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, Cedam, 2003, 123 ss.; P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, 1994 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, III ed., Giappichelli, 2009, 243 s.; cui *adde*, volendo, F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi in tema di responsabilità penale per medical malpractice*, in *Corr. merito*, 2006, 969.

³ Con questa constatazione si chiude il citato saggio di L. MASERA, *Il modello causale*, 502.

dito l'evento (magari dichiarando di aver comunque raggiunto una «certezza processuale» sull'efficacia impeditiva della condotta, con un *escamotage* retorico che maschererebbe soltanto il suo *libero* – e, in definitiva, arbitrario – *convincimento*)? Oppure dovrà *assolvere* l'imputato *per insussistenza del fatto*, mancando la prova relativa al nesso causale tra omissione ed evento?

2. Le tesi di fondo qui sostenute

Vorrei qui provare a fornire una risposta a questa imbarazzante domanda, enunciando subito le tesi essenziali di questo lavoro, le ultime delle quali marcatamente eterodosse rispetto allo stato corrente della riflessione dottrinale in materia:

- non può esistere alcuna relazione causale *reale* tra un *non facere* e un evento: *ex nihilo nihil fit*;
- il giudizio usualmente etichettato come «causalità omissiva» ha struttura logica *prognostica*, radicalmente eterogenea rispetto al giudizio (di natura *esplicativa*) sul nesso causale tra azione ed evento;
- tale giudizio evoca un problema di *imputazione* dell'evento penalmente rilevante, che *prescinde* dal paradigma condizionalistico caratteristico del giudizio di causalità tra un'azione ed un evento penalmente rilevante;
- più precisamente, il giudizio in parola costituisce un momento del più complesso giudizio di *imputazione per colpa* dell'evento penalmente rilevante⁴, che costituisce un *passaggio obbligato* tanto al fine del ri-

⁴ Nel corso di questo lavoro mi atterrò alla sistematica tuttora prevalente presso la dottrina italiana, che inquadra i problemi relativi ai «nessi tra colpa ed evento» all'interno della trattazione relativa, appunto, alla *colpa*, qualunque poi sia la collocazione attribuita al giudizio di colpa (quale elemento della stessa tipicità del fatto, come nell'impostazione oggi prevalente presso la dottrina italiana, o quale mero criterio di colpevolezza, secondo le scelte classificatorie adottate ancora da molti manuali) nella più ampia sistematica del reato. Va tuttavia sin da subito rilevato come tali problemi possano, senza alcuna difficoltà, essere altresì discussi nell'ambito della diversa categoria, ormai consolidata nella dottrina tedesca, della cosiddetta *imputazione oggettiva dell'evento*, la quale riunisce, *oltre* al nesso causale, tutti gli ulteriori criteri dai quali dipende la possibilità di imputare un evento ad un soggetto *prima* di passare al gradino della imputazione «soggettiva», e dunque alla verifica relativa alla sussistenza del dolo o della colpa (circoscritta, quest'ultima, a quella che la dottrina italiana definisce talvolta come «misura soggettiva della colpa», e che concerne unicamente il giudizio di *rimproverabilità individuale del singolo imputato* per un fatto già qualificato come *contrario ai doveri* che l'ordinamento impone alla *generalità dei consociati* in situazioni *del tipo* di quella nella quale si è trovato il singolo imputato). Ciò che importa peraltro sottolineare, in questa sede, è che i problemi affrontati dalla dottrina italiana dominante *sub specie* di «nessi tra colpa ed evento» sono sì discussi in Germania nell'ambito dell'imputazione oggettiva dell'evento, ma in un capitolo *distinto e logicamente successivo* a quello dedicato alla «causalità» naturalistica; ed entrano in considerazione, dunque, come criteri *ulteriormente limitativi* della responsabilità penale rispetto a quanto già non risulti

- conoscimento di una responsabilità per l'omesso impedimento *colposo* dell'evento, quanto al fine di una condanna per l'omesso impedimento *doloso* dell'evento medesimo⁵;
- più precisamente ancora, tale giudizio trova la sua naturale collocazione — nell'ambito della «imputazione per colpa» — entro il capitolo relativo al *secondo nesso tra colpa ed evento* (ovvero, con terminologia equivalente ma forse più esposta al rischio di fraintendimenti concettuali, al capitolo della cosiddetta «causalità della colpa»);
 - coerentemente con tale collocazione sistematica, la questione relativa all'efficacia dell'azione doverosa omessa rispetto all'evento nei reati omissivi impropri dovrebbe allora essere impostata e discussa alla luce della logica della *rimproverabilità* dell'agente per l'evento penalmente rilevante che informa il giudizio di *colpa*, non già sulla base di fuorvianti parallelismi con il giudizio di causalità tra azione ed evento nell'ambito dei reati commissivi;
 - nessun dato normativo, né a livello di fonti primarie né a livello di principi costituzionali, vincola l'interprete ad ancorare la responsabilità per omesso impedimento dell'evento alla prova di una *sicura efficacia impeditiva* della condotta doverosa omessa, la logica della rimproverabilità dell'evento cui si è fatto cenno orientando piuttosto l'interprete a ritenere necessaria e sufficiente la prova che la condotta doverosa omessa avrebbe *significativamente ridotto le chances di verificaazione dell'evento*, ogniqualevolta almeno — come avviene di regola in campo medico — la stessa regola cautelare violata, abbia la finalità di *contenere*, e non già di *azzerare*, i rischi insiti nel decorso causale reale;
 - tale prova dovrà essere raggiunta in sede processuale alla luce di una valutazione epistemologicamente fondata, da compiersi dal giudice

dal *primo* giudizio sulla causalità tra condotta ed evento. La tesi qui formulata — secondo cui il giudizio usualmente classificato quale «causalità omissiva» nulla ha a che fare con la categoria della «causalità» — resterebbe pertanto valida anche laddove i problemi qui in discussione fossero inquadrati sotto l'etichetta della «imputazione oggettiva dell'evento» (per un ulteriore cenno a questo profilo, cfr. anche *infra*, § 11). Sulla categoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, cfr. per tutti — nella dottrina italiana — M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Giappichelli, 2006 e M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Giuffrè, 2004, *sub art.* 41, n. 20 ss. (e *ivi* la trattazione dei problemi di solito affrontati dalla dottrina italiana *sub specie* di «nessi tra colpa ed evento»: n. 30 ss.).

⁵ Aderisco qui alla tesi formulata con particolare nettezza dal mio Maestro in G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 26 ss. Nello stesso senso, cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, 388. Nella prospettiva dell'imputazione oggettiva dell'evento, invece, la colpa e il dolo restano due criteri di imputazione *sogettivi* ben distinti, la cui verifica tuttavia *segue* l'intero accertamento di ciò che la dottrina italiana qualifica come misura *oggettiva* della colpa (condotta colposa e duplice nesso tra colpa ed evento, ovvero — nella terminologia della teoria dell'imputazione oggettiva — creazione di un rischio non consentito e realizzazione del rischio medesimo): accertamento che, come precisato nella nota precedente, è considerato come passaggio necessario per l'affermazione di una responsabilità *sia* a titolo di colpa, *sia* a titolo di dolo.

sulla base di tutte le conoscenze *disponibili al momento del giudizio*, e non solo su quelle conosciute o conoscibili al momento del fatto da parte dell'imputato.

Come il lettore immediatamente avrà rilevato, la prima tesi corrisponde all'opinione dominante presso la dottrina tedesca, ma diffusa altresì presso la dottrina italiana, secondo cui la cosiddetta «causalità omissiva» è soltanto un *equivalente normativo* della «causalità» *reale* (o «naturalistica»), rilevante soltanto in ambito commissivo⁶; tesi, questa, cui si contrappone frontalmente la tesi che sostiene invece l'*identità di struttura logica* tra causalità attiva ed omissiva⁷.

⁶ Così, in particolare, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, 1983, 386 s. e 416 s., e G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, in *Dig. disc. pen.*, II, Utet, 1988, 126 («l'omissione, in quanto condotta priva di una sua dimensione «fisica», non è in grado – a differenza dell'azione in senso stretto – di manifestarsi nel mondo esterno sotto forma di energia che mette in moto processi causali (ex nihilo nihil fit) [...]. Essendo ricostruibile in termini puramente ipotetici, fuori da reali connessioni di natura fenomenica, il nesso omissione-evento non riflette – è appena il caso di ribadirlo – un vero e proprio rapporto causale in senso fisico-naturalistic. È per questa ragione che la dottrina in atto dominante tende a definire la causalità omissiva come *causalità ipotetica* o come *causalità in senso normativo*: l'uso di tali etichette intende, appunto, esprimere l'idea che la causalità omissiva ha poco a che fare con la causalità reale e che essa designa, piuttosto, soltanto una *tecnica di imputazione (oggettiva) dell'evento escogitata per far fronte alle specifiche esigenze della responsabilità penale* [corsivi aggiunti] [...]. L'importante è che si sia consapevoli che si tratta di un *equivalente normativo* del rapporto di causalità vero e proprio); G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Zanichelli, 2007, 590; T. PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., 2008, 132; E. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, Giuffrè, 2004, 156 ss. Sostanzialmente nello stesso senso, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Cedam, 2007, 151 s. (il quale, dopo aver affermato l'appartenenza della «causalità omissiva» alla «scienza causale», sottolinea purtuttavia l'*irriducibile diversità di essenza*» della stessa rispetto alla causalità attiva, in ragione della sua natura *non naturalistica* ma *normativa*, nonché in ragione della sua natura puramente doppiamente ipotetica); S. CANESTRARI, I. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Il Mulino, 2007, 364. Parlano di mero «equivalente normativo» della causalità altresì A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Manuale di diritto penale*, III ed., Cedam, 2007, 230. Presso la dottrina tedesca, si veda l'aggiornato quadro delle opinioni sul punto riferito da C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, Beck, 2003, § 31, n. 37 ss., dal quale si evince (n. 39) che nessuno più sostiene oggi in Germania la tesi della natura *reale* del nesso causale tra azione ed omissione, taluni autori (tra cui in passato Engisch, e ora Puppe e Hilgendorf) sostenendo piuttosto la tesi della *identità di struttura logica* del giudizio controfattuale da formularsi, alla stregua di leggi scientifiche di copertura, in relazione alle fattispecie di evento commissive ed omissive, con la conseguenza che anche il mancato compimento di un'azione che avrebbe impedito l'evento potrebbe dirsi, almeno da un punto di vista logico, causale. Segnala tuttavia Roxin che si tratta di un'*opinione minoritaria*, dal momento che la dottrina oggi dominante *nega invece la natura causale dell'omissione* (n. 40), anche quando – come fa lo stesso Roxin, per ragioni di comodità espositiva – continua ad utilizzare l'espressione di «causalità» ad indicare i requisiti dell'imputazione dell'evento nel fatto colposo.

⁷ La tesi dell'*identità di struttura logica* tra causalità attiva ed omissiva è stata sostenuta, in particolare, da F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa; la condizione contin-*

La radicale diversità di struttura tra il giudizio di causalità tra azione ed evento e la cosiddetta «causalità omissiva», oggetto della seconda tesi, dopo essere stata enunciata dalla dottrina italiana già negli anni ottanta è

gentemente necessaria, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1251 ss., sulla base dell'idea secondo cui condizionanti rispetto all'evento sarebbero non soltanto fattori «dinamici» (come i movimenti corporei, e cioè le azioni) ma anche fattori «statici» (come l'assenza di azioni). Alla tesi aderisce oggi una parte cospicua della dottrina italiana, peraltro con tutta una serie di distinguo, che mirano a porre in evidenza le irriducibili differenze tra i due giudizi. In proposito, cfr. anzitutto C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 839 ss., il quale precisa che, se identica è la struttura logica del ragionamento controfattuale, tuttavia diversa è la base del giudizio, dal momento che la protasi del periodo ipotetico dell'irrealtà nel quale si sostanzia il ragionamento controfattuale è costituita, nella causalità omissiva, da una condotta meramente *ipotetica* (la condotta doverosa omessa). Conclusioni analoghe anche in M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., sub art. 40, n. 36 ss. e in D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 241 e in F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, III ed., Giappichelli, 2008, 274 s. (il quale giustamente sottolinea come, se da un punto di vista logico si può parlare di efficacia condizionante di un fattore «statico» quale il mancato compimento di un'azione impeditiva, il problema del diritto penale è evidentemente quello di selezionare, tra le infinite pensabili condizioni che *ipoteticamente* avrebbero avuto efficacia impeditiva rispetto all'evento penalmente rilevante, *quelle sole* la cui mancata attivazione possa essere ascritta ad un soggetto: compito selettivo, questo, che è affidato nell'ordinamento positivo dall'obbligo giuridico di impedire l'evento). Al riguardo, vale qui soltanto la pena di notare che la discussione circa la rilevanza *causale* di un *nulla* naturalistico quale la «non azione» è confinata, salvo errori da parte di scrive, al solo mondo dei giuristi, e non trova corrispondenza in altre branche del sapere, laddove il problema causale è sempre affrontato al fine di stabilire connessioni tra eventi entrambi *reali*; tant'è vero che lo stesso Carnap, citato adesivamente da Stella nel suo acuto saggio del 1988 poc'anzi menzionato, parlando di «condizioni statiche» si riferiva non già a fattori *ipotetici* (come il comportamento che il soggetto *avrebbe dovuto compiere*, ma che di fatto non ha compiuto), bensì a *situazioni reali «statiche»*, e cioè – semplicemente – *non in movimento*: come la circostanza che la sede stradale sia bagnata, che è *conditio sine qua non* dello scontro tra due autovetture che per questa ragione non sono riuscite a frenare in tempo (R. CARNAP, *I fondamenti filosofici della fisica*, 1966, (trad. it. Il Saggiatore, 1971), 237, così come sarebbe «condizione statica» nell'accezione di Carnap la presenza del tavolo sul quale sbatto la testa inciampando, che è parimenti *conditio* senza la quale non mi sarei procurato il bernoccolo. Considerare in quest'ottica «condizione statica» anche un fattore per definizione *assente* nella realtà, e che ancora per definizione *non dispiega alcun effetto* nel decorso causale (reale) che sfocia nell'evento, costituisce evidentemente un vero e proprio salto logico. Cfr. altresì, per ulteriori e puntuali critiche al concetto di «condizione statica» nell'accezione evocata da Stella, R. BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 166 ss. Del resto, la generalità dei penalisti italiani che, oggi, sostengono l'identità di struttura tra causalità «attiva» ed «omissiva» non affermano che un'omissione possa essere causa di un evento dal punto di vista *naturalistico*, ma si limitano in effetti a richiedere che il giudizio di *imputazione* di un evento a un soggetto che abbia *omesso* di compiere un'azione indicata come *doverosa* dall'ordinamento segua le medesime *cadenze logiche* del ragionamento controfattuale normalmente utilizzato per l'accertamento della causalità «commissiva», sia pure con i necessari adattamenti imposti dalla peculiare struttura puramente *ipotetica* della protasi del giudizio controfattuale. Sicché il problema diviene unicamente quello di verificare se davvero il diritto vigente *imponga* all'interprete di impostare il giudizio relativo secondo queste cadenze, o se sia ammissibile già *de lege lata* un *diverso* paradigma di imputazione, come quello di seguito sviluppato nel testo.

divenuta d'altra parte sempre più evidente man mano che si è approfondita la riflessione sul nesso causale, ad opera dell'interazione singolarmente feconda tra dottrina e giurisprudenza cui si è assistito nell'ultimo decennio. Tale riflessione ha ormai consentito di ben focalizzare la diversità di *struttura logica* dei due giudizi: non solo per il carattere «doppiamente ipotetico» della «causalità omissiva»⁸, quanto soprattutto perché – ancora più radicalmente – il giudizio sul *nesso causale tra un'azione ed un evento*, lungi dall'aver struttura «ipotetica», mira a *spiegare* la realtà (*id est*, a chiarire se una determinata condotta abbia avuto un ruolo nella dinamica che ha condotto alla verifica di un dato evento), mentre il giudizio sulla «*efficacia impeditiva*» dell'azione doverosa omessa rispetto all'evento costituisce una pura *prognosi* su come il decorso causale reale sarebbe stato modificato nell'*ipotesi* in cui l'imputato avesse compiuto l'azione doverosa⁹.

Senz'altro eterodosse rispetto all'opinione dominante presso la dottrina e la stessa giurisprudenza italiana sono invece le successive tesi sopra enunciate, a cominciare dall'affermazione che il giudizio di *imputazione giuridico-penale* di un evento a un soggetto che si attua mediante il giudizio prognostico di cui si è detto dovrebbe essere pensato come *svincolato* dalla logica della formula *condizionalistica* caratteristica del giudizio sul nesso causale tra azione ed omissione, e dovrebbe essere piuttosto ricondotto esclusivamente a quella della «*imputazione per colpa*», nel capitolo «secondo nesso tra colpa ed evento». E ciò allo scopo non già di uno sterile spostamento dei mobili nella stanza; bensì nell'ottica di una complessiva rimediazione della *logica* del giudizio in questione nel quadro dell'imputazione dell'omesso impedimento di un evento, al fine ultimo di rivalutare almeno parzialmente¹⁰ – sulla base di queste diverse premesse sistematiche – l'orientamento, prevalente nella giurisprudenza italiana negli anni ottanta e novanta soprattutto in materia di responsabilità medica, che nei reati omissivi impropri si accontentava della prova che la condotta doverosa omessa avrebbe *diminuito* le *chances* di verifica dell'evento penalmente rilevante¹¹.

⁸ C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 842.

⁹ Così, perspicuamente, già G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., 386 s.; G. FIANDACA, *Causalità (rapporto di)*, cit., 126; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 836 e, con particolare chiarezza, 844 ss.; nonché, più di recente, R. BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 158. Nella manualistica, cfr. anche S. CANESTRARI, I. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., 366; C. FIORE, S. FIORE., *Diritto penale*, III ed., 2008, 228; F. PALAZZO, *Corso*, cit., 283. In senso analogo, e con particolare chiarezza, cfr. ora anche i due contributi all'odierno convegno fiorentino di R. BARTOLI, *Paradigmi giurisprudenziali della responsabilità medica* e di R. BLAIOTTA *Il sapere scientifico e l'interferenza causale*.

¹⁰ Si vedano, sul punto, le precisazioni contenute nel paragrafo conclusivo di questo lavoro, *sub b*).

¹¹ Ampie e perspicue rassegne di questi precedenti, in particolare in tema di responsabilità medica, in C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 847 ss. e, più recentemente, in R. BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 169 ss.

La valanga di critiche formulate in dottrina contro questo orientamento giurisprudenziale, che hanno indotto alla fine le stesse Sezioni unite della Cassazione alla sua solenne sconfessione in *Franzese*, muovevano in verità tutte dal medesimo assunto di fondo: che, cioè, il diritto vigente vincoli l'interprete a circoscrivere la responsabilità per omesso impedimento dell'evento di cui all'art. 40 comma 2 c.p. alla verifica positiva dell'efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa, secondo un paradigma condizionalistico adattato alla peculiare struttura del fatto omissivo («ipotizzando come compiuta la condotta doverosa, l'evento non si sarebbe verificato»). Di talché, si afferma di solito, il canone probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, oggi positivizzato dall'art. 533 c.p.p., imporrebbe di assolvere l'imputato ogniqualvolta non sia raggiunta la prova della sicura efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa¹².

Negli ultimissimi anni, è cresciuta tuttavia la consapevolezza, presso la dottrina più attenta, del carattere *irrealistico* di una simile prova – *rectius*, del suo carattere di autentica *probatio diabolica* nella stragrande maggioranza dei casi di responsabilità medica –; e ciò anche alla luce della radicale *inidoneità* del modello di accertamento enucleato in *Franzese* nell'ipotesi in cui la condotta contestata all'imputato sia non già la causazione dell'evento mediante una condotta positiva, bensì il mero *mancato contrasto* di una situazione di rischio preesistente. Con conseguente, paradossale profilarsi di una situazione in cui gli imputati continuano oggi, verosimilmente, ad essere condannati sulla base di risultanze peritali che consentirebbero, al più, di affermare che la condotta doverosa omessa avrebbe *probabilmente* evitato l'evento, affrettandosi però il giudice a dichiarare di avere raggiunto – chissà come – la «certezza processuale», al metro di una elevata «probabilità logica», che l'evento non si sarebbe verificato se l'imputato si fosse comportato come doveva¹³.

¹² Una conclusione tutt'affatto diversa, peraltro, è tratta dalla dottrina prevalente in Italia rispetto al tema parallelo della rilevanza della condotta alternativa lecita nei reati *commissivi* d'evento, laddove si riconosce per lo più che ai fini dell'imputazione basti la prova che il compimento di tale condotta avrebbe *diminuito le chances di verifica* dell'evento (per puntuali citazioni sul punto, cfr. la successiva nota 23).

¹³ Frequente è, presso la dottrina italiana, l'osservazione secondo cui le pronunce della Cassazione successive a *Franzese* in materia di responsabilità *omissiva* del sanitario abbiano prestato un *formale* ossequio ai principi statuiti dalle Sezioni unite, ma abbiano poi in concreto rinunziato a misurarsi davvero con il nodo cruciale della «certezza processuale» dell'efficacia impeditiva dell'evento, utilizzando spesso la formula dell'«alto grado di credibilità razionale» per evitare di quantificare in maniera precisa – come invece avveniva regolarmente nel passato – le *chances* di successo della terapia omessa sulla base di studi osservazionali e sperimentali condotti su situazioni cliniche analoghe. Per il rilievo secondo cui su 11 sentenze emesse nel 2003 dalla quarta sezione della Cassazione, soltanto due abbiano fatto riferimento a leggi scientifiche (!), mentre le altre appaiano prescindere, cfr. P. PIRAS, *Il giudizio causale in assenza di leggi scientifiche*, in *Cass. pen.*, 2004, 2387 nt. 9. Analoghi rilievi in F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi*

Di fronte a questa situazione, a me pare che due sole siano le strade praticabili.

O si tiene ferma l'idea che il diritto vigente in Italia richieda effettivamente la prova della *sicura efficacia impeditiva* della condotta doverosa omessa rispetto all'evento penalmente rilevante: e allora occorrerebbe riconoscere apertamente che avevano ragione quelle sentenze rese in particolare dalla IV sezione penale¹⁴ – direttamente ispirate dall'impostazione dottrinale di Federico Stella¹⁵, e poi criticate dalle Sezioni Unite in *Franzese* —, le quali esigevano ai fini della condanna dell'imputato la prova dell'esistenza di una legge scientifica in grado di supportare l'affermazione che il compimento dell'azione doverosa omessa da parte dell'imputato avrebbe evitato l'evento *con una probabilità pari o prossima al 100%*. Ciò che significherebbe però – occorre avere il coraggio di dirlo apertamente – decretare in pratica la *morte* della responsabilità medica per omesso impedimento di eventi lesivi a carico del paziente, una simile prova risultando quasi sempre inattuabile sul piano scientifico allorché si parli di possibile efficacia di una terapia in concreto *non attuata* sul paziente¹⁶; e rinviare così alla prospettiva *de iure condendo* l'introduzione di appositi *reati di pericolo*, nei quali sia incriminata una condotta che meramente *ometta di contrastare i rischi insiti nella patologia di cui soffre il paziente*)¹⁷.

Oppure si prova a battere una via diversa, ponendo frontalmente in discussione il dogma della necessità della prova, in termini *condizionali-*

controfattuali. L'attività medico-chirurgica, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, 1923 ss. Cfr., altresì, P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1993, il quale rileva che *persino nella stessa sentenza Franzese* la Cassazione ha omesso di quantificare le probabilità di salvezza in casi analoghi, limitandosi alla «generica e apodittica affermazione, secondo cui si sarebbe potuti pervenire ad un esito fausto «con alto grado di probabilità logica o credibilità razionale»».

¹⁴ Cass., sez. IV pen. 28 settembre 2000, n. 1688, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 277 ss.; Cass., sez. IV pen., 28 novembre 2000, n. 2123, *ibidem*; Cass., sez. IV pen., 29 novembre 2000, n. 2139, *ibidem*; tutte con nota di F. CENTONZE, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, *ibidem*.

¹⁵ Cfr. in particolare F. STELLA, *Causalità omissiva*, cit., 1911 ss.

¹⁶ Il punto è evidenziato, da ultimo, da M. ROMANO, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, Iovene, 2007, 914, il quale sottolinea l'insostenibilità (sul piano politico-criminale e sul piano della stessa fedeltà alla legge) di una tale prospettiva, criticando conseguentemente la tesi di Federico Stella e dei suoi allievi, relativa alla necessità di individuare una legge universale di copertura – o comunque dotata di frequenza statistica prossima a 100 – ai fini della responsabilità per omesso impedimento dell'evento. Sulla posizione di Romano sul punto, cfr. anche la successiva nota 56.

¹⁷ Così F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Giuffrè, 2006, 1329 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, III ed., 2009, 209; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 244. Un cenno analogo in P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 225 e in *Id.*, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 2000.

stici, dell'efficacia impeditiva della condotta omessa: prova che, come cercherò di meglio dimostrare¹⁸, non è richiesta espressamente dall'art. 40 c.p., né da alcuna norma vigente nell'ordinamento italiano – d'altra parte l'introduzione in via esegetica di un tale requisito, nella dottrina tedesca come in quella italiana, risale storicamente a epoche in cui lo stato della riflessione in materia di colpa era assai più rudimentale di quella attuale, e comunque incapace di esprimere qualsivoglia idea di un nesso oggettivo tra condotta inosservante della diligenza dovuta ed evento penalmente rilevante. La mia idea – del resto già affacciata in chiave problematica di recente da autorevole dottrina italiana¹⁹ – è che il reato omissivo improprio ponga bensì un problema di imputazione dell'evento al garante, che però non necessariamente deve essere affrontato alla stregua di un criterio condizionalistico, e che deve piuttosto essere impostato alla luce degli scopi che mediante tale imputazione il diritto penale intende conseguire. Scopi che io sarei incline a ravvisare nell'esigenza di assicurare che la verifica dell'evento sia personalmente rimproverabile al soggetto, nel rispetto del principio di cui all'art. 27 c. 1 Cost., in ragione – da un lato – dello speciale vincolo di tutela che lega il soggetto al bene (posizione di garanzia), e – dall'altro – della possibilità in capo al soggetto medesimo di incidere effettivamente nel decorso causale, aumentando così le chances di salvezza del bene medesimo – possibilità, quest'ultima, che costituisce il precipuo oggetto del cosiddetto secondo nesso tra colpa ed evento (o «causalità della colpa»).

Si tratterà, certo, di una scelta interpretativa opinabile: ma di una scelta, a mio parere, non preclusa dalla pur necessaria fedeltà alla legge, e la cui praticabilità dovrà essere unicamente dimostrata alla luce di considerazioni di razionalità rispetto allo scopo, e assieme di coerenza con i principi fondanti della responsabilità penale.

3. Giudizi esplicativi e giudizi prognostici nell'imputazione di eventi penalmente rilevanti

Prima di intraprendere il cammino della dimostrazione delle tesi appena enunciate, e della conseguente risposta al quesito di partenza, vale la pena di soffermarsi ancora per qualche istante sulla cruciale distinzione-

¹⁸ Cfr. sul punto *infra*, § 12, a).

¹⁹ La tesi qui sostenuta giunge in effetti ai medesimi risultati pratici cui perviene – in esito a un percorso argomentativo assai più stringato, ma denso di richiami dottrinali e sensibilità politico-criminale – G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, 955 ss., spec. 954 ss. A risultati analoghi, anche se non del tutto sovrapponibili (e con un iter argomentativo parzialmente diverso) perviene altresì Rocco Blaiotta nei suoi illuminanti contributi sul tema: sui rapporti tra la prospettiva dell'Autore e quella in questa sede sviluppata, cfr. comunque *infra*, nota 70.

ne, tracciata con nettezza proprio nel corso del seminario odierno dai ricchissimi interventi di Roberto Bartoli e Rocco Blaiotta, tra giudizi *esplicativi* (o, potremmo dire, *diagnostici*) e giudizi *predittivi* (o *prognostici*) nell'imputazione di eventi penalmente rilevanti.

Come anticipato, il giudizio sulla *causalità* che avvince due accadimenti è evidentemente un giudizio del primo tipo, che *spiega come sono andate realmente le cose, e perché* si sia prodotto un certo evento. Mentre quando ci chiediamo *come sarebbero andate le cose se* un soggetto avesse compiuto una certa azione (che nella realtà non ha compiuto), stiamo operando altrettanto evidentemente una *prognosi* su come una certa modifica della realtà *avrebbe* – verosimilmente – *mutato i decorsi causali già in corso di svolgimento*, facendo andare le cose diversamente da come sono in effetti andate.

Immediata la tentazione, a questo punto, di istituire una connessione biunivoca: il primo tipo di giudizio è quello caratteristico della *causalità commissiva*, il secondo quello proprio della «causalità omissiva».

Le cose mi paiono, però, un po' più complesse: e proprio il tema della responsabilità del medico offre un eccellente banco di prova dell'ipotesi di lavoro (prospettata, se non vedo male, anche nell'intervento di Bartoli) secondo cui, in realtà, *entrambi* i giudizi dovrebbero necessariamente far parte del complesso *iter* che conduce il giudice all'affermazione della responsabilità penale del sanitario, *sia a fronte di un'imputazione per avere egli «cagionato»* la morte o le lesioni di un paziente (artt. 589/590 c.p.), *sia di fronte a un'imputazione per «non avere impedito»* gli eventi medesimi (artt. 40 c. 2, 589/590 c.p.): nell'una e nell'altra ipotesi mescolandosi accertamenti *diagnostici* (su come in effetti sono andate le cose) e *prognostici* (su come sarebbero andate le cose se l'imputato avesse agito diversamente).

La mia idea è, piuttosto, che vi sia una connessione biunivoca *a)* tra giudizi esplicativo–diagnostici e categoria della «causalità», e *b)* tra giudizi predittivo–prognostici e categoria della «colpa». E ciò tanto con riferimento al reato *commissivo* d'evento, quanto rispetto al reato *omissivo* d'evento: in tanto ha senso – a mio avviso – parlare di *causalità*, in quanto ci si riferisca alla *spiegazione* di «come sono andate realmente le cose; mentre, ogniqualvolta ci si proponga di stabilire «come sarebbero andate le cose se», si starà sempre discutendo, in realtà, della *imputazione per colpa* dell'evento dell'imputato.

4. Lo schema di accertamento della responsabilità per avere «colposamente cagionato» l'evento lesivo a carico del paziente...

Immaginiamo *a)* che un paziente giunga in ospedale lamentando dolori al petto; *b)* che il medico di guardia gli somministri il farmaco X; e *c)* che poche ore dopo il paziente muoia.

La prima verifica che il p.m. dovrà affidare al proprio consulente concerne, ovviamente, la *causa* della morte del paziente. Il giudizio avrà qui una piana struttura *diagnostica*, o *esplicativa*: occorrerà accertare *perché* il paziente è morto, ricostruendo quali fossero i fattori presenti nella realtà che hanno innescato il decorso causale sfociato nell'esito fatale.

Un *primo* possibile esito di questo accertamento è che il farmaco X, effettivamente somministrato dal medico al paziente, abbia giocato un ruolo *causale* o almeno *concausale* rispetto alla morte del paziente: ad es. nel caso in cui il farmaco abbia interagito con la patologia preesistente, determinando un complessivo *peggioramento* della situazione clinica del paziente, sfociato poi nella sua morte; o addirittura abbia esso stesso provocato una reazione allergica nell'organismo del paziente, indipendente dalla sua patologia preesistente, ponendosi come causa *esclusiva* della morte²⁰. In queste ipotesi, potrà affermarsi che la somministrazione del farmaco X abbia introdotto nella situazione preesistente un *nuovo fattore di rischio*, poi in effetti *concretizzatosi nell'evento finale*: con conseguente possibilità per il p.m. di ipotizzare un addebito a carico del medico per avere *causato* con la propria *azione* la morte del paziente.

Affinché però possa essere formulata un'imputazione per omicidio colposo (art. 589 c.p.) occorrerà, ancora, mostrare che l'evento sia stato dal medico «cagionato per colpa», ai sensi dell'art. 43 c.p.

Tale prova dovrà essere fornita, mettendo in ordine secondo il punto di vista dell'operatore giuridico (a cominciare dal p.m. responsabile delle indagini) quanto si insegna oggi in qualsiasi manuale di diritto penale, percorrendo almeno quattro distinti passaggi:

- *anzitutto*, occorrerà dimostrare che la decisione di somministrare il farmaco X sia stata *errata* dal punto di vista delle *leges artis*, sulla base di un giudizio *ex ante* effettuato sulla base delle circostanze da lui conosciute e di quelle conoscibili a un agente modello. In pratica, il p.m. avrà l'onere di provare che un buon medico *non* avrebbe somministrato quel farmaco a un paziente in quella situazione clinica, in relazione ad es. alla notoria idoneità del farmaco a cagionare effetti collaterali indesiderati in pazienti con quadri sintomatici corrispondenti a quelli della vittima (prova della *condotta colposa* dell'agente);

²⁰ Un tale accertamento presupporrà verosimilmente, secondo il modello disegnato in *Franzese*, un'indagine volta a verificare se il *concreto* decorso letale si sia articolato attraverso *sottoeventi intermedi* che rappresentino altrettanti eventi avversi associabili all'uso del farmaco già segnalati in letteratura (prima fase – «generalizzante» – della spiegazione causale), non spiegabili in altro modo nel caso concreto se non come conseguenza della somministrazione del farmaco medesimo (seconda fase – «individualizzante» – della spiegazione causale). Per un analogo rilievo, cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1979.

- *in secondo luogo*, occorrerà dimostrare – al metro di un giudizio che tenga conto, *ex post*²¹, del *concreto* decorso causale che ha condotto all'evento letale – che gli eventi avversi verificatisi nel paziente costituissero la *specifica concretizzazione dei rischi che la norma cautelare violata mirava a prevenire*. Il p.m. dovrà, in altre parole, provare che la ragione per la quale la somministrazione del farmaco X appariva *ex ante* controindicata era proprio la necessità di prevenire eventi avversi del tipo di quelli realmente verificatisi nel paziente, e non già effetti collaterali affatto diversi (prova del cosiddetto *primo nesso tra colpa ed evento*, o della concreta «realizzazione del rischio» antidoverosamente creato con la condotta inosservante del dovere di diligenza);
- *in terzo luogo*, occorrerà chiedersi – al metro di un giudizio *controfattuale*, da condurre anche qui sulla base di tutte le circostanze concrete, anche se conosciute soltanto *ex post* – che cosa sarebbe accaduto se l'imputato avesse invece compiuto la condotta *indicata dalle leges artis*, e che ci si sarebbe dunque attesa da un buon medico al posto dell'imputato (ad es., la somministrazione del farmaco Y anziché del farmaco X); dovendosi qui senz'altro escludere la possibilità di un'imputazione per colpa dell'evento laddove emergesse che persino una condotta conforme alle regole dell'arte medica non sarebbe *certamente* valsa ad evitare l'evento²² – ad es. nel caso in cui si scoprisse, anche *ex post*, che il paziente era allergico tanto al farmaco X quanto al farmaco Y –, e restando invece *controverso* (almeno alla stregua dell'attuale stato dell'elaborazione dottrinale, in Italia come in Germania) quali conseguenze sul piano della responsabilità penale del medico debbano essere tratte dall'accertamento che la condotta doverosa omessa avrebbe semplicemente *diminuito il rischio* di verificazione dell'evento (prova del cosiddetto *secondo nesso tra colpa ed evento*, o «causalità della colpa»)²³;

²¹ Sulla necessità dell'adozione di una prospettiva *ex post* ai fini della verifica dei nessi tra colpa ed evento, risolvendosi tali nessi nella «verifica *ex post* della reale consistenza dei modelli di prevenzione elaborati *ex ante*», cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 319 (e analogamente 371, 670 s.); P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 60 ss. La medesima necessità di integrazione tra la prospettiva *ex ante* e quella *ex post* è espressa da chi inquadra i problemi qui in discussione entro la categoria della imputazione obiettiva: cfr., per tutti, M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 103. Analogamente, nella dottrina tedesca, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, cit., § 11 B, n. 94 (e *ivi* un'illuminante citazione letterale di Schönemann), nonché, in relazione alla tematica del cosiddetto nesso causale tra omissione ed evento, *Id.*, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, cit., § 31, nn. 54 e 60.

²² Il punto è pacifico nella dottrina italiana così come in quella tedesca: cfr. per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., *sub art.* 41, n. 36.

²³ La tesi della sufficienza, ai fini dell'imputazione oggettiva dell'evento causato da una condotta *attiva* colposa, della prova che la condotta alternativa omessa avrebbe ridotto i rischi di verificazione del danno, e correlativamente aumentato le *chances* di salvaguardia del bene giuridico, risale in particolare a Roxin: cfr., oggi, la sua ricapitolazione in C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, cit., § 11 B, n. 88 ss. (e *ivi* ampi rife-

- *infine*, occorrerà vagliare se il compimento della condotta doverosa omessa fosse *esigibile da quel particolare imputato*, alla luce delle *peculiari circostanze* in cui egli si è trovato ad agire (ad es., carenza di mezzi e risorse a lui non imputabili, anormale afflusso di pazienti nel reparto, sovraccarico parimenti a lui non imputabile, ecc.) nonché delle sue eventuali *ridotte capacità ed esperienza* rispetto a quelle attese in un agente modello e sulle quali sono modellate le stesse *leges artis* (cosiddetta «misura soggettiva della colpa»).

A prescindere ora da quest'ultimo giudizio, che attiene al piano esclusivo dell'*individualizzazione del giudizio di colpa* nei confronti del concreto imputato, già riconosciuto come autore di un fatto *oggettivamente* inosservante del dovere, è notorio come la giurisprudenza italiana, una volta accertato il nesso causale tra condotta ed evento, ed accertata altresì la natura colposa della condotta stessa (*sub specie* di contrarietà alle *leges artis*), tenda a non porsi nemmeno il problema del duplice nesso (ancora di natura oggettiva!) tra colpa ed evento, e segnatamente dell'efficacia della condotta alternativa conforme al dovere (secondo nesso): come dimostra la pratica assenza della questione dai repertori giurisprudenziali in tema di colpa medica. Ma una simile trascuratezza davvero stupisce, non so-

rimenti al dibattito dottrinale sul punto). Argomento centrale (di natura schiettamente politico-criminale) a sostegno della tesi è che, altrimenti, qualsiasi cautela non in grado di assicurare una tutela al 100% potrebbe essere trascurata impunemente (mentre, ad avviso dell'A., «il legislatore deve insistere sulla necessità di rispettare la norma cautelare anche e specialmente laddove il suo rispetto innalzi sensibilmente le *chances* di tutela dei beni giuridici, senza tuttavia poter garantire in modo assoluto tale obiettivo»: n. 91). Nella letteratura italiana, un quadro – seppur ormai datato – del dibattito presso la dottrina tedesca è fornito da G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 690 ss. Più recentemente, si veda l'ampia disamina sul tema compiuta da M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., sub art. 41, n. 36 ss., con ampi rif. bibl. alla lett. italiana e tedesca. L'opinione prevalente in Italia è *coincidente con quella roxiniana*: una volta accertato il *nesso causale* tra azione ed evento, ai fini dell'imputazione dell'evento è sufficiente la prova che la condotta conforme alla diligenza omessa avrebbe, quanto meno, diminuito il rischio di verificazione dell'evento tipico lesivo (così M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., sub art. 41, n. 41, nonché M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 116, con la precisazione peraltro che le *chances* di non verificazione dell'evento nel caso di compimento della condotta doverosa omessa dovrebbero essere nel caso concreto quantificate in misura superiore al 50%). Taluni autori precisano, peraltro, che ciò vale soltanto allorché la stessa norma cautelare violata miri semplicemente a *ridurre*, e non già ad *azzerare* i rischi di verificazione dell'evento lesivo (così G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 310; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 371; P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 172 s., 221 ss.). In senso contrario, cfr. peraltro I. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1067 ss. e F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1311 ss., i quali ritengono irrazionale distinguere sotto questo profilo tra reati commissivi ed omissivi, concludendo pertanto nel senso della necessità di prova della *sicura* efficacia impeditiva della condotta alternativa (od omessa) per *entrambe* le categorie di reato.

lo alla luce dell'ormai imponente elaborazione dottrinale sul punto²⁴ – di cui danno conto tutti i principali manuali su cui si formano, oggi, i giovani magistrati –, ma anche alla luce delle indicazioni provenienti da un ordinamento a quello italiano assai affine, in materia penale, come quello tedesco: dove la giurisprudenza considera come un dato assolutamente acquisito la necessità di verificare, ai fini dell'affermazione della responsabilità per un reato commissivo d'evento, la presumibile efficacia del comportamento alternativo lecito²⁵. Ché, si sottolinea, condannare un imputato che abbia violato una regola cautelare anche nel caso in cui il rispetto di tale regola non sarebbe valso a impedire l'evento significherebbe condannare l'imputato per una mera *inosservanza del dovere*, e non per la «causazione colposa» di un evento²⁶.

Ora, del tutto evidente è la natura schiettamente *prognostico-predittiva* del giudizio sul secondo nesso tra colpa ed evento, che pure è parte integrante di un giudizio sulla responsabilità *commissiva* ipotizzata a carico dell'imputato: trattandosi qui, per l'appunto, non già di accertare *come le cose sono effettivamente andate* (accertamento già compiuto nelle precedenti fasi del giudizio), quanto piuttosto *come sarebbero andate* se l'imputato si fosse comportato diversamente da come di fatto si è comportato.

Tale giudizio, dunque, logicamente *segue* quello – di natura esplicativo-diagnostica – relativo al *nesso causale* tra la condotta reale (la somministrazione del farmaco X) e l'evento, ed è a rigore da ritenersi altrettanto imprescindibile perché sia possibile pervenire al risultato finale dell'affermazione della responsabilità penale del medico per omicidio o lesioni colpose.

Col che, se non vedo male, trova una prima conferma l'ipotesi formulata in chiusura del paragrafo precedente: l'accertamento di una responsabilità *commissiva* per reato colposo d'evento presuppone *sia* un giudizio *esplicativo* inquadrabile nella categoria della «causalità» tra azione ed evento, *sia* un giudizio *prognostico* sull'ipotetica modificazio-

²⁴ A cominciare dalle osservazioni precorritrici di G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, 1965, cit., 261 ss., più tardi sviluppate in ID., *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 18 ss. Al tema è poi interamente dedicata la densa monografia di G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit.

²⁵ Per puntuali citazioni, cfr. ancora C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, cit., § 11 B, n. 90 ss.

²⁶ Cfr. sul punto già le osservazioni di G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza*, cit., 261 ss. (una condanna fondata sul mero accertamento della violazione di regole di diligenza, senza alcuna verifica dell'incidenza di tale violazione sulle concrete modalità di causazione dell'evento lesivo, rispingerebbe l'imputazione verso l'arcaica logica del *versari in re illicita*, e risulterebbe contraria allo stato al dato normativo italiano, che all'art. 43 c.p. esige che l'evento si sia verificato «a causa» di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero «per» inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline). Cfr. anche G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 668, il quale osserva come il criterio della rilevanza del comportamento alternativo lecito si fondi sulla logica dell'*evitabilità* dell'evento che informa il giudizio di colpa.

ne della realtà che sarebbe conseguita all'adozione, da parte dell'agente, del comportamento doveroso (giudizio, quest'ultimo, inquadrabile entro la categoria della «colpa», e più precisamente nel secondo nesso tra colpa ed evento).

5. ... e per avere «omesso di impedire» l'evento lesivo

Mutiamo ora il quadro fattuale sin qui ipotizzato, ed immaginiamo che il consulente del p.m. concluda nel senso che la morte del paziente sia *esclusivamente* riconducibile alla patologia della quale egli soffriva (ad es., un infarto), la somministrazione del farmaco X *non avendo spiegato alcuna influenza sul decorso reale degli avvenimenti*, ovvero avendo il farmaco esercitato bensì una qualche influenza migliorativa della situazione clinica del paziente, ma *non tale da impedirne il decesso*. L'unica possibilità per il p.m. di avviare un'azione penale nei confronti del medico diverrebbe, allora, quella di formulare a suo carico una imputazione per *omesso impedimento dell'evento* ai sensi dell'art. 40 c. 2 c.p.: la condotta imputata al medico non sarebbe, dunque, qui costituita dalla somministrazione del farmaco (eziologicamente del tutto irrilevante), bensì dalla *mancata adozione di presidi terapeutici*²⁷.

Si noti: la primissima fase dell'accertamento, anche ai fini di una possibile responsabilità per *omesso impedimento dell'evento*, ha necessariamente struttura *diagnostico-esplicativa*, avendo ad oggetto la ricostruzione delle *cause reali* dell'evento: ricostruzione che è il presupposto necessario, come la dottrina più recente ha acutamente chiarito²⁸ e come è ben presente

²⁷ Sulla natura *omissiva* della condotta del medico in questo caso (nonostante il precedente compimento di un'azione – la somministrazione di un farmaco –, restata però senza effetto nel concreto decorso causale che ha condotto il paziente alla morte), cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1970 s., il quale coerentemente esclude dall'ambito del reato omissivo improprio soltanto quelle situazioni in cui «è lo stesso medico a creare il rischio, o a contribuire a crearlo, o ad incrementarlo: casi [questi] in cui il medico effettivamente cagiona (con un contributo causale senza dubbio attivo) la morte del paziente (o le lesioni), laddove quel rischio si concretizzi, attraverso la dinamica causale, nell'evento tipico»: 1972. Nello stesso senso, più ampiamente, ID., *Regole cautelari «proprie» ed «improprie»*, Cedam, 2003; R. BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 213, 95 ss., nonché, volendo, F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., 962.

²⁸ Si veda da ultimo, con particolare nettezza, G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 523 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 207. Nello stesso senso, cfr. P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1975 s., e spec. 1978, ove si sottolinea «che un nesso causale «naturalistico» debba appunto sussistere, e formare oggetto di un autonomo accertamento, logicamente preliminare a quello del nesso normativo tra omissione ed evento: giacché tale causalità «reale» attiene alla *tatbestandsmäßige Situation*, ossia a un presupposto della condotta, e non al nesso tra la condotta e l'evento».

alla giurisprudenza²⁹, per poter compiere gli ulteriori passaggi necessari in vista dell'accertamento della responsabilità del medico che non abbia adeguatamente fronteggiato i rischi insiti nel processo patologico che interessava il paziente. È tale accertamento – avente ad oggetto «le cose come sono realmente andate» – dovrà essere svolto secondo le stesse cadenze logiche indicate in *Franzese*: a) individuazione di una legge scientifica di copertura che stabilisca correlazioni statistiche significative tra una data patologia (ad es., l'infarto) e l'evento lesivo, e b) esclusione delle possibili spiegazioni alternative³⁰.

A questo punto, l'*iter* per pervenire all'accertamento della responsabilità penale *ex artt.* 40 c. 2, 589 c.p. a carico del medico che abbia effettivamente preso in carico il paziente (e che potrà per ciò stesso essere ritenuto «garante» della sua vita e salute, ossia titolare di un «obbligo giuridico di impedire la morte del paziente» ai sensi dell'art. 40 c. 2 c.p.) dovrà ulteriormente snodarsi – secondo quanto si apprende dalla manualistica italiana – almeno nelle tre tappe seguenti, ripercorse qui nell'ordine nel quale esse verranno di fatto in considerazione per il pubblico ministero incaricato delle indagini:

- *anzitutto*, il p.m. dovrà indicare, con l'aiuto del proprio consulente, quale fosse la condotta che un buon medico avrebbe posto in essere per fronteggiare quella patologia, sulla base del quadro sintomatico da lui conosciuto nonché sulla base dei sintomi che avrebbe *ex ante* potuto riconoscere utilizzando la dovuta diligenza, anche a mezzo di esami clinici o di consulti con altri specialisti;
- *in secondo luogo*, il p.m. dovrà dimostrare, sulla base di un giudizio che tenga conto questa volta del *concreto* decorso causale successivo, e dunque anche delle circostanze emerse *ex post*, che gli eventi avversi effettivamente verificatisi nel paziente fossero riconducibili al novero di quelli che i presidi terapeutici indicati dalle *leges artis* ed omessi dall'imputato miravano a neutralizzare;
- *in terzo luogo*, il p.m. avrà l'onere di dimostrare – ancora una volta sulla base di *tutte* le circostanze del caso concreto, anche se conosciute soltanto *ex post* – l'*efficacia impeditiva* dell'evento della condotta doverosa omessa dall'imputato, dovendosi escludere senz'altro l'imputazione laddove emerga che l'evento si sarebbe *comunque* verificato, anche nel caso in cui il medico si fosse scrupolosamente attenuto alla condotta *ex ante* indicata come doverosa in base alle regole dell'arte;
- *infine*, il p.m. dovrà accertarsi che nel caso di specie non sussistessero ragioni, oggettive o soggettive, da rendere comunque *inesigibile*

²⁹ Puntuali e istruttivi riferimenti in G. MARINUCCI, *Causalità reale*, cit., 525 ss.

³⁰ P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1979.

per l'imputato il compimento della condotta doverosa omessa (come l'indisponibilità degli strumenti diagnostici necessari, la carenza di personale in grado di assisterlo, ma anche il suo eventuale sovraffaticamento per ragioni a lui non imputabili, ecc.).

Se non vedo male, questo quadrupliche accertamento – esattamente sovrapponibile a quello svolto in materia di responsabilità «commissiva» – esaurisce il novero degli accertamenti necessari a condurre ad una pronunzia di responsabilità per *omesso impedimento colposo* dell'evento morte, *ex artt. 40 c. 2, 589 c.p.*, una volta beninteso che si sia stabilita – al metro di un giudizio *esplicativo-diagnostico* – la *reale eziologia* dell'evento morte, alla quale sia rimasta estranea la condotta dell'imputato.

Le difficoltà stanno però – il lettore attento lo avrà già intuito – nell'*inquadramento* di questi passaggi nelle tradizionali *categorie del reato*.

Lasciando anche qui da parte l'ultimo accertamento, il cui inquadramento entro la cosiddetta «misura soggettiva della colpa» non crea problemi di sorta, va osservato anzitutto che il *primo* accertamento – quello relativo alla ricostruzione della condotta che l'agente modello avrebbe compiuto sulla base della situazione *ex ante* riconoscibile – non è che il rovescio negativo dell'accertamento della *condotta colposa* dell'imputato: l'imputato può dirsi in colpa proprio perché, e nella misura in cui, la sua condotta (attiva od omissiva che sia) si è discostata da quella che l'agente modello avrebbe compiuto al suo posto.

Il *secondo* accertamento è ancora *tutto interno alla logica della colpa*, e si sostanzia nella prova del cosiddetto *primo nesso tra colpa ed evento* (ovvero, secondo la terminologia consolidata in Germania, della *realizzazione* nella situazione concreta *del rischio* creato con la condotta antidoverosa): va esclusa l'imputazione per colpa ogniqualvolta la regola cautelare (la *lex artis*) violata dall'imputato non mirasse a neutralizzare o contenere lo specifico rischio in effetti concretizzatosi nel decorso causale successivo che ha condotto all'evento lesivo. Poco importa, cioè, che l'imputato concreto non abbia riconosciuto un'ulcera allo stomaco che qualunque medico avrebbe riconosciuto in presenza della sintomatologia denunciata dal paziente, e non abbia attivato i presidi terapeutici indicati per fronteggiare l'ulcera, se poi il paziente è morto in conseguenza di un infarto già in corso, ma non chiaramente diagnosticabile *ex ante* per il sovrapporsi di quella concorrente sintomatologia: l'imputazione per colpa dovrà qui essere esclusa, in difetto di congruenza tra la norma cautelare violata e l'evento concretamente verificatosi.

Più problematico appare invece l'inquadramento sistematico del *terzo*, cruciale accertamento, che corrisponde *tanto* al cosiddetto *secondo nesso tra colpa ed evento* (o «causalità della colpa»), *quanto* – ancor prima – a ciò che si è soliti inquadrare come *nesso causale tra omissione ed evento*, nel quadro del giudizio sul *primo* elemento del reato nella sistematica tripartita

(il «fatto tipico»), o comunque sull'elemento *oggettivo* del reato, secondo la sistematica corrente presso la giurisprudenza³¹.

La mia sensazione è, peraltro, che qualcosa non funzioni nell'inquadramento tradizionale di tale accertamento entro la categoria «causalità» (tra omissione ed evento).

Un prima perplessità nasce dalla constatazione, in sé banale, della collocazione dell'accertamento in parola in un momento logicamente *successivo* all'accertamento della *condotta colposa* dell'imputato. Per poter effettuare il giudizio sull'efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa, è infatti necessario preliminarmente ricostruire quale condotta l'imputato *avrebbe dovuto compiere*, alla stregua delle norme cautelari che lo vincolavano nella situazione concreta. Soltanto una volta ricostruita tale condotta doverosa – ed accertato, così, che l'imputato *non si è conformato* ai doveri cautelari imposti dall'ordinamento –, avrà senso formulare una prognosi su che cosa sarebbe accaduto se l'imputato si fosse invece conformato a tali doveri.

Ma, soprattutto, il giudizio in parola presenta una struttura radicalmente *eterogenea* rispetto a quella del giudizio sulla *causalità* dell'evento. L'accertamento sul *reale decorso causale* che ha condotto all'evento (il paziente Tizio è deceduto a causa di un infarto) ha, lo abbiamo visto poc'anzi, una struttura *diagnostica, esplicativa*; mentre il giudizio sulla *presumibile efficacia impeditiva* della condotta doverosa omessa (o, il che è lo stesso, del «comportamento alternativo lecito») ha struttura *predittiva, prognostica*, avendo ad oggetto non «le cose come sono andate», ma «le cose come sarebbero potute andare se». Il primo accertamento ben potrà, e dovrà, essere condotto secondo lo schema bifasico *Franzese* (individuazione di una legge scientifica di copertura ed esclusione dei decorsi causali alternativi); il secondo accertamento sarà invece radicalmente irriducibile a questo schema, non avendo neppure senso porsi la domanda relativa a possibili spiegazioni causali alternative di un evento *già* spiegato nella sua eziologia reale, e rispetto al quale occorre soltanto porsi il problema della presumibile efficacia impeditiva di una condotta in realtà *mai compiuta* dall'imputato.

³¹ Sulla «sovrapposizione tra la tematica della «causalità omissiva» (meglio: equivalente normativo della causalità, oppure nesso tra omissione ed evento) e quello della «causalità della colpa» (meglio: nesso tra colpa ed evento, *sub specie* di evitabilità), cfr. anche, perspicuamente, P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1974; e, nello stesso senso, R. BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 206 ss. Il medesimo problema si presenta oltralpe: significativo è, ad es., che il manuale di Roxin, nel capitolo dedicato al reato omissivo improprio, affronti la questione nel paragrafo «La causalità nell'omissione» (C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, cit., § 31, n. 46 ss.), e si limiti poi a un richiamo a quanto ivi sostenuto quando arriva poi a discutere della «imputazione obiettiva» dell'evento nei reati omissivi (che è – come abbiamo rammentato *supra*, alla nota 4 – la normale *sedes materiae* nella quale la dottrina tedesca affronta i problemi da noi inquadrati sotto l'etichetta «nesso tra colpa ed evento»: cfr. C. ROXIN, *ibidem*, n. 182).

Quest'ultimo accertamento presenta dunque *identica struttura* rispetto all'accertamento del cosiddetto secondo nesso tra colpa ed evento, che abbiamo visto costituire parte integrante del giudizio sulla colpa in tema di responsabilità *commissiva*, e che anche in quell'ambito logicamente *seguiva* un precedente giudizio – a natura diagnostico-esplicativa – funzionale all'accertamento della *causalità* tra determinati antecedenti e la verifica dell'evento penalmente rilevante.

Di talché l'ipotesi, poc'anzi formulata, che l'accertamento sulla presumibile efficacia impeditiva del comportamento doveroso omesso non abbia a ben guardare *nulla a che fare con la categoria «causalità»*, ma costituisca piuttosto una mera componente dell'*imputazione per colpa* a carico dell'imputato che sia rimasto inattivo di fronte a un decorso reale che minacciava di sfociare in un evento lesivo, che egli aveva l'obbligo giuridico di impedire³².

6. Una prima possibile obiezione

Prima di trarre le conseguenze pratiche da questa premesse sistematiche, in relazione al quesito che fa da sfondo a questo intervento, vale la pena di rispondere subito ad una possibile, e prevedibile, obiezione.

La sovrapposibilità tra il giudizio tradizionalmente inquadrato come «nesso causale tra omissione ed evento» è – si potrebbe osservare – soltanto apparente: il giudizio sul cosiddetto nesso causale tra omissione ed evento dovrebbe essere compiuto sulla base di *tutte* le circostanze della situazione concreta, anche se non conosciute né conoscibili dall'agente concreto, nonché tenendo conto delle conoscenze scientifiche e/o tecnologiche emerse *successivamente* al momento in cui l'imputato avrebbe dovuto compiere la condotta doverosa; mentre il giudizio sulla sua *colpa* si dovrebbe invece fondare sulla sola situazione di fatto a lui conoscibile *ex ante*, e sulle sole conoscenze disponibili in quell'istante.

Ma un simile argomento si esporrebbe, a sua volta, ad almeno un duplice ordine di repliche.

Anzitutto, non è affatto vero che il giudizio sulla colpa debba essere formulato sulla base delle sole circostanze di fatto conoscibili *ex ante*: come la dottrina ha da tempo acutamente posto in luce, infatti, il senso del duplice nesso tra colpa ed evento è proprio quello di integrare la prospettiva *ex ante* – sulla cui base si determina la condotta *doverosa* per l'agente concreto – con la considerazione, *ex post*, del *concreto decorso causale* che ha condotto all'evento, allo scopo di escludere l'imputazione ogniqualvolta l'adozione della cautela in concreto trascurata dall'imputato si sa-

³² Così anche F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1308 ss.

rebbe rivelata *non congruente* (primo nesso) ovvero *inutile* (secondo nesso) rispetto allo scopo di evitare l'evento lesivo³³. *Tutte* le circostanze del caso concreto, comprese quelle conosciute *ex post* e comprese quelle venute in essere *successivamente* al momento in cui l'imputato avrebbe dovuto porre in essere l'azione doverosa vanno dunque tenute in considerazione per pervenire ad un'ascrizione dell'evento ad una *colpa* dell'imputato.

Intendiamoci: nel giudizio di colpa non avrebbe alcun senso far leva *contra reum* su circostanze fattuali, conoscenze o tecnologie emerse *successivamente* al fatto. Nessun medico potrebbe essere sensatamente rimproverato per non aver attuato un presidio terapeutico indicato come doveroso secondo le *leges artis* per una patologia di cui il paziente soffriva, ma *ancora asintomatica*; né per non avere attuato una cura che soltanto le *conoscenze successive* hanno dimostrato essere efficace; né, ancora, per non aver utilizzato farmaci o strumenti terapeutici *non disponibili sul mercato al momento del fatto*. Di tutte queste circostanze, conoscenze o tecnologie potrebbe in teoria tenersi conto, invece, in sede di valutazione del «nesso causale» tra omissione ed evento; di talché si potrebbe, per questa via, recuperare una distinzione tra i due giudizi, immaginando che il giudizio sul «nesso causale tra omissione ed evento» debba essere formulato sulla base di tutte le circostanze, conoscenze e tecnologie *disponibili al momento del giudizio*, mentre il giudizio sul «secondo nesso tra colpa ed evento» dovrebbe tener conto soltanto di quelle *disponibili al momento del fatto*.

Ma – ed ecco la seconda replica – quale sarebbe mai il senso, sul piano pratico, di questa duplicazione dei giudizi? Immaginiamo pure che il giudice accerti tramite un proprio perito che *oggi*, nel 2009, una data patologia tumorale può essere trattata con elevate *chances* di successo a mezzo di una radioterapia appena autorizzata dalle autorità sanitarie competenti; se però il problema è di giudicare un medico che *nel 2005* si è trovato ad affrontare quella patologia su di un proprio paziente, un tale accertamento sarà *in partenza inutile* ai fini della valutazione sulla responsabilità penale del medico, il quale ovviamente non potrà mai essere rimproverato per avere ommesso di praticare una terapia ancora non disponibile al momento del fatto³⁴.

A me pare, insomma, che il giudizio sull'efficacia impeditiva della condotta omessa rispetto all'evento vada impostato inserendo nella protasi non già una qualsiasi condotta *astrattamente* in grado di impedire l'evento, ricostruita sulla base di *tutte* le conoscenze (fattuali, nomologiche e tecnologiche) disponibili al momento del giudizio; quanto, piuttosto, la condotta che era *doverosa per quell'imputato*, sulla base delle circostanze da

³³ Cfr. *supra*, nota 21.

³⁴ Così anche P. VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1982 nt. 29, con un esempio sovrapponibile a quello formulato nel testo.

lui conosciute e conoscibili. Se il medico ha dunque curato il paziente *nel 2005*, occorrerà sin dall'inizio chiedersi non già «che cosa sarebbe accaduto se avesse praticato il trattamento divenuto disponibile soltanto *nel 2009?*»; bensì «che cosa sarebbe accaduto se avesse praticato il trattamento indicato secondo le *leges artis nel 2005?*». Rispetto a *questa* condotta soltanto avrà praticamente senso chiedersi se il suo compimento avrebbe o no impedito la verifica dell'evento, alla luce di *tutte* le circostanze della situazione concreta, comprese quelle conosciute e/o realizzatesi successivamente al momento in cui l'imputato avrebbe dovuto compiere la condotta doverosa.

Ma proprio questa conclusione mi pare costituire conferma decisiva dell'impossibilità, *e in ogni caso dell'inutilità pratica*, di distinguere analiticamente il giudizio sul cosiddetto nesso causale tra omissione ed evento, e il giudizio sul cosiddetto secondo nesso tra colpa ed evento nei reati omissivi di evento. L'accertamento è, a ben guardare, *esattamente il medesimo*; ha evidente struttura *predittiva* (anziché *esplicativa*); e logicamente *segue*, anziché *precedere*, l'accertamento relativo alla *condotta colposa* dell'imputato³⁵.

³⁵ Per quel che vale questa osservazione, confesso di avere riflettuto sulla possibile distinzione tra i due giudizi sin dai tempi in cui ero studente, e di non essere mai riuscito a trovare una risposta soddisfacente. La mia impressione è sempre stata piuttosto che, una volta accertato ciò che sui manuali veniva classificato come «causalità tra omissione ed evento», così come ricostruita dalla dottrina unanime, *non restasse praticamente più nulla* da accertare in sede di colpa: l'accertamento della condotta colposa deve per forza di cose essere già compiuto per poter impostare il giudizio controfattuale (l'efficacia impeditiva dell'evento deve essere pur sempre vagliata in relazione all'ipotesi in cui l'imputato *avesse compiuto la condotta doverosa*, parametrata che fosse ad un agente modello o a norme cautelari scritte); dopodiché resta, per l'appunto, soltanto da vagliare che cosa sarebbe accaduto se *quella condotta* fosse stata compiuta. Classificando quest'ultimo vaglio come «accertamento del nesso causale tra condotta omessa ed evento», che altro resterebbe da accertare in sede di colpa, se non – forse – quella che la dottrina chiama «misura soggettiva della colpa» (ossia l'esigibilità del precetto in considerazioni della peculiare situazione del soggetto, che potrebbe rendergli più difficoltosa l'osservanza della regola cautelare rispetto a quanto accadrebbe per l'agente modello)? Che, d'altra parte, una volta accertato il cosiddetto *nesso causale* tra omissione ed evento non vi sia più alcunché da accertare in sede di «secondo nesso tra colpa ed evento» mi pare eloquentemente dimostrato dagli esempi formulati dalla stessa dottrina che sostiene l'autonomia concettuale delle due verifiche anche nei reati omissivi impropri: cfr. sul punto G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 311 ss., i quali così illustrano la rilevanza del *secondo nesso tra colpa ed evento*: «il bagnino di uno stabilimento balneare non risponderà [...] della morte del bagnante se l'annegamento è avvenuto a tale distanza dalla riva da precludere ogni efficace azione di salvataggio; il Prefetto non risponderà di inondazione colposa se la fuoriuscita delle acque del fiume si è verificata con tale rapidità e violenza da vanificare qualsiasi operazione di avvertimento o salvataggio della popolazione; il datore di lavoro non risponderà di incendio colposo se le fiamme si sono sprigionate a seguito di un'esplosione che avrebbe distrutto anche gli estintori e qualsiasi impianto antincendio che fosse collocato nello stabilimento». Se non vedo male, in ciascuno di questi casi dovrebbe, nella prospettiva adottata dagli Autori, *già essere negato il nesso causale* tra omissione ed evento: di talché un problema di imputazione «per colpa» neppure avrebbe ragione di porsi.

7. Conseguenze pratiche dell'inquadramento sistematico qui proposto

Proviamo allora a mostrare finalmente le *conseguenze* dell'inquadramento qui ipotizzato.

Sul piano – per così dire – della pulizia concettuale, l'inquadramento nella categoria della «colpa» del giudizio sulla presumibile efficacia della condotta rispetto al decorso causale non fronteggiato evita, anzitutto, di far confluire sotto l'unica etichetta della «causalità» due giudizi dalla struttura radicalmente diversa come quello relativo alla *spiegazione* di un evento e quello relativo alla *prognosi* su «come le cose sarebbero andate se». Si restituisce in tal modo alla categoria della *causalità*, nell'ambito del reato omissivo di evento, il solo accertamento davvero degno di essere inquadrato nell'ambito di quella categoria, rappresentato dalla *spiegazione* dell'evento medesimo in relazione ai suoi antecedenti *reali* (tra i quali *non* rientra, però, alcuna condotta dell'imputato).

Assai più significativi sono, però, i risvolti *applicativi* che un tale inquadramento promette. Se l'accertamento della presumibile efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa è in realtà un problema di *imputazione per colpa* e non di causalità, allora la sua *ratio* dovrà essere saldamente ancorata alla *logica del rimprovero di colpa*, anziché a quella «naturalistica» della causalità, che postula un rapporto ontologico, o almeno – kantianamente – categoriale tra condotta ed evento.

La prospettiva di fondo diverrebbe allora quella secondo cui il soggetto dovrà rispondere per un evento da lui «non impedito» non perché egli abbia «*causato* l'evento attraverso una condotta omissiva», bensì perché egli *non ha attivato i doveri e poteri impeditivi* connessi alla sua posizione di «garante» del bene, o di «custode» di una determinata fonte di pericolo.

Sotto questo angolo visuale dovrebbe allora essere riconsiderato il problema da cui abbiamo preso le mosse, relativo al *grado di certezza* che deve connotare, ai fini della condanna dell'imputato, l'affermazione secondo cui la condotta doverosa omessa avrebbe in effetti impedito la verificazione dell'evento.

Sul punto, assai netta è la risposta usuale della dottrina, di recente ribadita dal mio Maestro Giorgio Marinucci: ai fini di una *condanna* dell'imputato, occorrerà di regola (salvo che nella particolare ipotesi su cui mi soffermerò tra un istante) dimostrare – oltre ogni ragionevole dubbio – che il rispetto della regola cautelare avrebbe impedito l'evento con un grado di probabilità «ai limiti della certezza»³⁶.

³⁶ G. MARINUCCI, *Causalità reale*, cit., 528 ss. Identica conclusione, *ex multis*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit. 208; S. CANESTRARI, I. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., 366; F. PALAZZO, *Corso*, cit., 283 («certezza o alta probabilità»); D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 242 s. (ove si sottolinea tra l'altro che il criterio fu espressamente accolto dal progetto Grosso di riforma della parte generale del codice penale,

Del tutto sommessamente, a me pare che il diritto vigente consenta invece una risposta diversa; e la consenta proprio laddove si riconosca, come ho qui tentato di fare, che il problema non ha nulla a che fare con il piano eziologico, e deve pertanto essere svincolato da suggestivi quanto svianti parallelismi con l'(autentico) giudizio di causalità tra un *facere* e un evento.

Nell'ottica della *spiegazione* dei meccanismi che, nella realtà, hanno prodotto un determinato evento, giustamente si richiede – sul piano della *prova* – la *certezza processuale*, allo standard dell'«oltre ogni ragionevole dubbio», relativa all'affermazione che la condotta dell'imputato abbia quanto meno contribuito alla dinamica che ha condotto all'evento. Nell'ottica invece di un giudizio puramente *ipotetico*, che mira a ricostruire *che cosa sarebbe accaduto* se fosse stata compiuta una condotta in realtà mai posta in essere, è per lo più del tutto *irrealistico* pretendere una «certezza processuale» che l'evento non si sarebbe verificato; e ciò per l'ovvia ragione che *la verifica o non verifica dell'evento dipende quasi sempre anche da fattori ulteriori rispetto alla condotta del soggetto, e sui quali egli non ha pressoché mai un completo controllo*.

Lo stesso *Manuale* di Marinucci e Dolcini riconosce, del resto, il carattere irrealistico di questa pretesa in relazione almeno alle ipotesi in cui «l'impedimento dell'evento a cui è obbligato il garante dipende dalla condotta di terze persone (ad esempio, il salvataggio del bambino dipende

nella sua versione revisionata del 2001). Per una incisiva critica – risalente al 1988, e poi abbandonata dall'A. nei suoi scritti più recenti – al criterio della «probabilità confinante con la certezza», ritenuto inadatto all'enunciato di natura *probabilistica* nel quale si sostanzia il giudizio sulla causalità omissiva, e del quale si propugnava allora la sostituzione con il criterio – oggi adottato dalle Sezioni unite in *Franzese* – dell'«alto grado di credibilità razionale», cfr. peraltro F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa*, cit., 1256. Ritiene oggi sufficiente una valutazione in termini *probabilistici*, e non già di *certezza*, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 133. Come già rilevato *supra*, nota 23, l'opinione dominante presso la dottrina italiana è che, con riguardo invece alle fattispecie *commissive* di evento, il «secondo nesso tra colpa ed evento» sussisterebbe ogniqualvolta il soggetto omissivo di adottare una cautela che avrebbe meramente *ridotto il rischio di lesione* a carico del bene giuridico, da parte di taluni autori circoscrivendosi peraltro questa conclusione alla sola ipotesi in cui la cautela fosse essa stessa finalizzata – come accade in relazione a pressoché tutte le norme cautelari che incombono sul medico – alla mera *riduzione* del rischio (mentre, nel caso di norma cautelare finalizzata ad *azzerare* il rischio, occorrerebbe la prova della *sicura* efficacia impeditiva dell'evento nell'ipotesi in cui la cautela fosse stata rispettata). La divergente soluzione del quesito relativo alla presumibile efficacia della condotta doverosa omissiva, a seconda che si verta in tema di «nesso causale tra omissione ed evento», ovvero di «secondo nesso tra colpa ed evento» in relazione ai reati *commissivi*, è per lo più motivata sulla base dell'argomento che, in relazione a questi ultimi, un solido (e sicuro) nesso tra condotta ed evento è *già* assicurato dal nesso causale, mentre nei reati *omissivi* «causalità tra omissione ed evento» e «secondo nesso tra colpa ed evento» in pratica coincidono: di talché non sarebbe possibile qui prescindere dalla prova *certa* (in termini *condizionalistici*) dell'efficacia impeditiva della condotta doverosa omissiva (così, ad es., M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 106; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., *sub art.* 41, n. 41). Richiede invece la prova della *sicura* efficacia impeditiva della condotta doverosa omissiva *sia* in relazione ai reati commissivi *sia* a quelli omissivi (p. 1267 ss.) F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1329.

da una sequela di comportamenti umani: il sollecito arrivo di un'ambulanza, la corsa dell'autoambulanza guidata alla velocità e con la perizia necessarie per evitare incidenti stradali, la presenza e l'intervento al pronto soccorso di un abile medico, l'esattezza della diagnosi, il successo dell'intervento operatorio». Qui, si afferma, «si farà riferimento a *massime di esperienza* al fine di accertare la *probabilità* [non già la certezza!] che si verifichi quella serie di condotte, l'una dopo l'altra, dal cui susseguirsi dipende che non si verifichi l'evento da impedire»³⁷.

Sennonché, mi riesce difficile comprendere perché, quando invece si discuta del dovere di impedire un evento che costituisca «il risultato di un processo causale innescato da fattori meccanici o naturali», come nel caso di «uno *shock* emorragico conseguito al distacco della placenta», gli stessi illustri Autori pretendano che «l'effetto impeditivo dell'evento [vada] accertato sulla base di una legge scientifica dalla quale risulti che una data azione (eseguire una serie di esami clinici finalizzati ad accertare lo stato della placenta), in quelle concrete circostanze, avrebbe interrotto il processo causale – e quindi impedito il verificarsi dell'evento – con un *grado di probabilità confinante con la certezza*»³⁸.

Anche nell'esempio da ultimo citato, infatti, l'effettivo conseguimento del risultato impeditivo presuppone il verificarsi di tutta una serie di condizioni positive e negative che non possono mai essere date per scontate nella situazione concreta (ad esempio, l'immediata disponibilità di strutture e tecnici per eseguire gli accertamenti clinici, l'univocità dei loro risultati e la loro corretta lettura da parte del medico, la disponibilità di sangue idoneo e nella quantità necessaria per le trasfusioni, la mancata insorgenza di ulteriori eventi avversi, ecc.).

Tutto ciò osterà per lo più alla possibilità di concludere che *certamente*, o comunque *con una probabilità confinante con la certezza*, il compimento della condotta doverosa avrebbe neutralizzato l'evento.

Non esistono del resto affidabili generalizzazioni (leggi scientifiche e/o massime di esperienza) in grado di stabilire connessioni regolari e universali, ad es. tra l'esecuzione di esami clinici alla placenta e l'effettivo impedimento di *shock* emorragici fatali³⁹; né potrebbe il giudice, se non a prezzo di una autentica mistificazione della realtà, ovviare a questo deficit conoscitivo – che dipende, ripeto, della quantità di fattori incogniti che nel caso concreto potrebbero frapporsi all'esito favorevole dell'intervento del sanitario – ricorrendo alla formula della «certezza processuale» evocata dalla sentenza *Franzese*.

Ciò che si potrà realisticamente ottenere sarà, anche in queste ipotesi, soltanto un giudizio di mera *probabilità* che, se gli esami fossero stati

³⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 209.

³⁸ G. MARINUCCI, F. DOLCINI, *Manuale*, cit., 208.

³⁹ Questo aspetto è perspicuamente sottolineato da R. BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 199.

effettuati, si sarebbe innescata una catena virtuosa di eventi che avrebbe consentito di fronteggiare efficacemente la patologia in corso.

Ritenere allora che, in queste condizioni, il giudice sarebbe vincolato dal diritto vigente ad *assolvere* l'imputato, significherebbe ammettere la *pratica impossibilità di accertare i presupposti di una responsabilità ex art. 40 c. 2 c.p. in una quantità enorme di casi*, in particolare nel settore della responsabilità medica per omissione: dove – per l'appunto – è quasi sempre *impossibile* stabilire in via ipotetica se l'adozione di determinati presidi terapeutici (o addirittura l'esperimento di esami clinici preliminari alla successiva adozione di tali presidi) avrebbe effettivamente arrestato il decorso della malattia.

Con buona pace di tutte quelle sentenze, anche recenti, che affermano invece di aver raggiunto la «certezza processuale», ad esempio, che la tempestiva diagnosi di un tumore intestinale avrebbe consentito alla paziente una sopravvivenza quantificabile in anni di vita, grazie agli interventi chirurgici che sarebbero stati compiuti a seguito di quella diagnosi⁴⁰; ovvero che il tempestivo ricovero in ospedale di un paziente colpito da infarto avrebbe consentito un adeguato trattamento chirurgico che, *con un grado di probabilità vicino a cento*, avrebbe evitato la morte del paziente avvenuta qualche giorno dopo⁴¹ – decisioni tutte che paiono, almeno ad un primo sguardo, non tener conto della serie impressionante di incognite che si sarebbero potute presentare nella situazione concreta, e che ben avrebbero potuto frustrare il successo di quelle misure terapeutiche (quale «certezza processuale» si potrà mai avere sulla previsione che l'intervento chirurgico successivo, rispettivamente, alla diagnosi del tumore e il ricovero del paziente infartuato sarebbe stato eseguito a regola d'arte? che da tale intervento non sarebbero derivate complicanze postoperatorie? che non sarebbero comparse metastasi dopo la rimozione del tumore? ecc.).

La riconduzione del giudizio sulla (presumibile) efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa all'alveo dell'*imputazione per colpa* consente, invece, di impostare diversamente l'intera questione.

8. (Segue): l'ipotesi del 'fallimento' della regola cautelare nella situazione concreta

Da tempo la dottrina penalistica italiana – sulla scorta proprio dei fondamentali studi di Giorgio Marinucci⁴² – sottolinea che lo scopo del-

⁴⁰ Così Cass., sez. IV, 23 gennaio 2002, Orlando, citata adesivamente da G. MARINUCCI, *Causalità reale*, cit., 531 (ma già aspramente criticata da F. STELLA, *Causalità omissiva*, cit., 1923 s.).

⁴¹ Cass., sez. IV, 28 novembre 2000, Di Cinto, parimenti citata in senso adesivo da G. MARINUCCI, *Causalità reale*, cit., 530.

⁴² G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 22 ss.

le norme cautelari è quello di azzerare o, più frequentemente, di ridurre il rischio di produzione di eventi lesivi in conseguenza dell'esercizio di date attività⁴³; e le regole dell'arte medica (le *leges artis*) sono, direi, nella loro totalità funzionali alla *riduzione*, anziché all'azzeramento, dei rischi incombenti sul paziente. Ciò che l'ordinamento pretende dal medico è, infatti, l'adozione di misure atte a *fronteggiare efficacemente* la patologia di cui il paziente soffre; nella duplice consapevolezza però, da un lato, che ogni intervento terapeutico, diagnostico o palliativo comporta *ineliminabili rischi collaterali* di innescare *ulteriori processi morbosi*, tollerabili in un'ottica di bilanciamento con i benefici che ci si attendono dall'intervento; e, dall'altro, che le *chances* di successo di qualsiasi intervento dipendono in buona misura da fattori *non controllabili* dal sanitario, che sconta sempre le incognite legate alla variabilità individuale delle risposte dell'organismo del paziente. Una terapia antibiotica efficace nel 99% dei casi potrebbe infatti – mi si perdoni l'assoluta banalità dell'osservazione – non esserlo nei confronti di un determinato paziente, il quale a sua volta potrebbe essere allergico al farmaco, avere sviluppato un'insensibilità al medesimo, ecc.⁴⁴

Il che però non esclude che *il mancato compimento di un intervento indicato come appropriato dalla buona pratica clinica*, sulla base di evidenze sperimentali ed epidemiologiche, in quadri clinici sovrapponibili a quelli evidenziati dal paziente, *possa legittimamente essere qualificato come condotta colposa*, perché inosservante delle regole dell'arte che mirano, se non altro, a *contenere i rischi* derivanti dall'evoluzione della patologia di cui il paziente soffre.

In questa chiave, occorre a mio giudizio riflettere sulla *funzione* che il cosiddetto *secondo nesso tra colpa ed evento* assolve nell'ordinario schema di accertamento della colpa. Tale nesso, alla pari del resto del cosiddetto primo nesso, mira in sostanza ad evitare che l'affermazione di responsabilità dell'imputato si fondi soltanto sull'accertamento della *contrarietà al dovere* della condotta dell'imputato, in tutte le ipotesi in cui la condotta medesima – pur se antidoverosa, e dunque in sé «colposa» – *non abbia effettivamente inciso in senso peggiorativo sulla situazione del bene giuridico tutelato*, in particolare allorché la sorte del bene medesimo doveva conside-

⁴³ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 492. La distinzione tra le due classi di norme cautelari (definite rispettivamente «proprie» e «improprie») è oggetto di studio monografico da parte di P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 2003.

⁴⁴ Considerazioni analoghe in F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, 1280: «l'efficacia preventiva delle regole cautelari e di perizia (le *leges artis* della medicina) è generalmente e complessivamente minore o molto minore rispetto alla maggior parte degli altri settori di attività umana. Ciò comporta la conseguenza che l'osservanza delle regole dell'arte talvolta o spesso non garantisce la sconfitta della malattia e neppure l'impedimento della morte. In tali casi l'arte medica può al massimo contenere il male, procrastinando l'esito letale». Nello stesso senso, cfr. P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 101 C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale*, cit., 229.

rarsi *comunque* «segnata» anche a prescindere dalla condotta antidoverosa dell'imputato. In ipotesi siffatte, si afferma, l'esame *ex post* del concreto decorso causale evidenzia che la norma cautelare (in concreto non rispettata dall'imputato) avrebbe comunque *fallito* nel proprio compito di tutela del bene giuridico⁴⁵.

Mentre svolgevo la pratica professionale, mi capitò di occuparmi del caso di un capitano di un traghetto in servizio sul lago di Como, nei confronti del quale era stato formulato un addebito di omicidio colposo per non aver impedito la morte di un manovratore scivolato accidentalmente in acqua. Al capitano si rimproverava, in particolare, di non avere vigilato sul corretto posizionamento dei salvagenti in prossimità del luogo dell'incidente, in tal modo non consentendo alle persone che si trovavano nelle immediate vicinanze di gettare subito in acqua un salvagente, in attesa che il traghetto compisse una inversione di marcia per avvicinarsi al marinaio caduto nel lago. Ebbene, in quel caso non v'era dubbio che il capitano fosse stato negligente nel curare i dispositivi di sicurezza di bordo, e avesse pertanto agito *colposamente*, creando un *generale* pericolo per l'incolumità dei passeggeri e dello stesso equipaggio; ma poiché i passeggeri, sentiti dal p.m., erano stati concordi nell'affermare di aver visto il manovratore sprofondare immediatamente in acqua, appariva del tutto verosimile che il comportamento doveroso omesso – la predisposizione di salvagenti nelle immediate vicinanze, e il loro presumibile conseguente getto in acqua da parte delle persone presenti – *non sarebbe valso a impedire l'evento*: il rispetto di quella regola cautelare, in relazione alle concrete circostanze del caso, valutate anche *ex post*, non avrebbe in alcun modo potuto salvare la vita di quell'uomo⁴⁶. Correlativamente, quel capitano non poteva considerarsi *responsabile di quella morte*, nel senso pregnante richiesto dall'art. 43 c.p. – che, come è noto, riferisce la colpa *all'evento*, e non alla mera condotta dell'imputato⁴⁷.

Considerazioni siffatte potrebbero svolgersi, *mutatis mutandis*, in tutti i casi di (sospetta) responsabilità medica per omesso impedimento dell'evento, nei quali però emerga dal materiale probatorio che *il rispetto da parte del medico della regola cautelare non sarebbe comunque valso a impedire la morte o l'aggravamento della patologia del paziente*, perché – ad es. – la terapia pure indicata dalle regole dell'arte sarebbe intervenuta comunque *troppo tardi* per risultare efficace, in relazione alla compromissione delle

⁴⁵ G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 671, e *ivi* puntuali citazioni alla dottrina di lingua tedesca.

⁴⁶ Nel medesimo senso G. FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 674: la cautela prospettata *ex ante* (incorporata nella regola cautelare violata) non sarebbe stata in grado nel caso concreto di prevenire l'evento, rivelandosi così – in base ad un giudizio *ex post* – *inefficace*.

⁴⁷ Cfr. la discussione di un caso per molti versi analogo a quello qui riferito in FORTI, *Colpa ed evento*, cit., 663 nt. 12.

condizioni generali del paziente o allo stato avanzato del morbo. Qui il riscontro dell'*inefficacia* – riscontrabile in esito ad un giudizio *ex post*, che tenga conto di tutte le conoscenze acquisite al momento del giudizio – della condotta che un buon medico avrebbe tenuto sulla base di una valutazione *ex ante* delle condizioni cliniche del paziente escluderà la possibilità di formulare un giudizio di *colpa* a carico del medico rimasto, seppur antidoverosamente, inattivo⁴⁸.

9. (Segue): il giudizio sull'efficacia della regola cautelare nella situazione concreta

I problemi più delicati sorgono, invece, laddove sulla base delle prove raccolte non possa affermarsi *né* che l'azione doverosa omessa avrebbe *certamente impedito* l'evento, *né* che essa sarebbe stata *certamente inefficace* allo scopo: situazione, questa, assai frequente nei processi per *medical malpractice*. Dovrà in tal caso concludersi che, mancando la prova dell'*efficacia* della norma cautelare nel caso concreto, debba essere esclusa la possibilità di un rimprovero a titolo di colpa a carico dell'imputato?

A me pare che una conclusione così drastica – che perverrebbe allo stesso risultato pratico cui dovrebbe logicamente pervenire l'impostazione oggi dominante in materia di cosiddetta «causalità omissiva»: quello, cioè, di negare di regola la possibilità di un'imputazione per omesso impedimento dell'evento, almeno nel settore della *medical malpractice* – sarebbe del tutto distonica rispetto alla logica delle norme cautelari che presiedono all'attività del medico, la cui finalità è quella, ripeto, di *contrastare* la patologia di cui soffre il paziente con i mezzi (certo non illimitati né necessariamente risolutivi) di cui la scienza medica dispone – mezzi, per l'appunto, che non potranno mai promettere la *certezza* della guarigione, bensì soltanto di arrecare un qualche *beneficio* al paziente, nella misura in cui l'organismo di questi effettivamente si manifesti rispondente alla terapia.

Tenendo presente questa finalità, nulla osterà a mio avviso che un medico possa essere *rimproverato* per non avere messo in atto quella condotta che, secondo la scienza medica, appariva *ex ante* come *la più idonea a recare beneficio* al paziente, sempre che tale valutazione trovi altresì *conferma ex post*, alla luce di tutte le circostanze di fatto conosciute al momento del giudizio. A una condanna del medico si potrà, pertanto, pervenire allorché, sulla base di tutte le circostanze del caso concreto, si possa *con certezza* affermare, sulla base di un'attendibile valutazione degli esperti

⁴⁸ La conclusione ora tratta nel testo è pacifica anche presso la dottrina tedesca: cfr. per tutti C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, cit., § 31, n. 59 (e analogamente, in tema di reato *commissivo*, ID., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, cit., § 11 B, n. 74).

passata al setaccio dal contraddittorio tra le parti, che la terapia omessa avrebbe garantito non già e non necessariamente la *sopravvivenza* o comunque la *guarigione* del paziente, ma quanto meno rilevanti *chances* di conseguire un *obiettivo terapeutico riconosciuto quale significativo* secondo la scienza medica; obiettivo terapeutico, a sua volta, apprezzabile in relazione a qualsiasi *beneficio* arrecabile al paziente medesimo.

Nell'ipotesi, dunque, in cui il medico abbia ommesso di praticare un trattamento chemioterapico in presenza di una univoca indicazione della scienza medica in questo senso, fondata su studi clinici che dimostrano come tale trattamento si riveli *efficace* (allo scopo, se non necessariamente di *eliminare* il tumore, quanto meno di *contenerne* in misura significativa gli effetti e la diffusività) *nel 60% dei pazienti trattati*, i consulenti e i periti saranno in pratica chiamati a verificare, al momento delle indagini e poi del giudizio, se le *particolari condizioni cliniche di quel paziente* non fossero tali da *smentire* in relazione al caso concreto quella *generale* valutazione di efficacia terapeutica del trattamento omesso, ad es. in relazione alle condizioni generali del paziente particolarmente compromesse, ovvero allo stadio avanzato del tumore, o ancora alla presenza di patologie concomitanti (emerse magari soltanto in esito all'esame autoptico) che avrebbero reso verosimilmente *inefficace* il trattamento medesimo. In tutte queste ipotesi, l'imputazione per colpa dell'evento al medico dovrà essere esclusa, essendo ragionevole ipotizzare il *fallimento in concreto* della regola cautelare, per le ragioni già esposte nel paragrafo precedente.

Laddove, invece, non emergano nel caso concreto ragioni tali da smentire la generale valutazione di efficacia del trattamento rispetto alla propria naturale funzione di *contrasto* alla patologia in corso, allora l'addebito di *colpa* a carico del medico potrà essere tranquillamente formulato, in ragione proprio dell'*indebita sottrazione di chances* al paziente di ricavare un beneficio apprezzabile, secondo le valutazioni della scienza medica, dal trattamento medesimo.

E il risultato non cambierebbe, a mio giudizio, anche laddove gli esperti dovessero concludere – per riprendere un esempio tratto dalla casistica giurisprudenziale⁴⁹, spesso ripreso in chiave critica dalla riflessione dottrinale – che il trattamento doveroso omesso avrebbe avuto soltanto il 30% di probabilità di successo. Il 30% è, pur sempre, una *chance* significativa, specie quando è in gioco la propria pelle; e davvero non mi è chiaro perché mai l'indebita sottrazione di una tale *chance* al paziente non debba essere considerata *riprovevole*, dal punto di vista dell'addebito di *colpa* a carico del medico.

⁴⁹ Cass. 12 luglio 1991, Silvestri, in *Foro it.*, 1992, II, c. 363 con nota di I. GIACONA, *Sull'accertamento del nesso di causalità tra colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente.*

Naturalmente, la valutazione degli esperti sulla misura delle *chances* sottratte al paziente non potrà fondarsi su mere *congetture*, né su studi isolati e ancora bisognosi di conferme; ma dovrà basarsi, da un lato, su dati statistici precisi, assistiti da quel *generale consenso della comunità scientifica* che deve ritenersi, almeno di regola, condizione imprescindibile perché essi possano essere *utilizzati* dal giudice a fondamento della propria decisione; e, dall'altro, sul rigoroso *esame della situazione clinica del paziente concreto*, la quale potrebbe essere così distante dalla situazione del «paziente medio» oggetto degli studi scientifici disponibili da rendere inaffidabili, nel caso di specie, le valutazioni probabilistiche ivi formulate.

L'accertamento compiuto dal giudice sulla base delle dichiarazioni degli esperti continuerà così ad essere condotto al metro, imposto dal dato normativo vigente, dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*; ma l'oggetto di tale accertamento non sarà più l'*efficacia impeditiva* della condotta doverosa omessa rispetto all'evento penalmente rilevante, come nell'ottica tradizionale che mira all'accertamento di un (inesistente) *nesso causale tra omissione ed evento*. L'accertamento giudiziale avrà qui, piuttosto, oggetto la *colpa* del sanitario, nell'accezione sopra precisata: ciò che il giudice dovrà ritenere provato oltre ragionevole dubbio, ai fini della condanna del medico, sarà per l'appunto l'*effettiva sottrazione al paziente di chances significative di conseguire l'obiettivo terapeutico* assunto come desiderabile⁵⁰.

10. L'accertamento del secondo nesso tra colpa ed evento nei reati commissivi colposi

I medesimi risultati potranno senza difficoltà estendersi anche all'ambito dei reati *commissivi colposi* (d'evento).

Riprendiamo il nostro esempio di partenza, immaginando che il medico abbia somministrato una *terapia errata* (secondo le *leges artis*) al paziente, e che tale terapia abbia svolto un ruolo *causale* nella produzione dell'evento letale. Si pensi, più in particolare, alla morte per arresto cardiaco conseguente all'esecuzione, da parte di un anestesista, di una sedazione totale, in una situazione in cui il paziente – che doveva essere sottoposto a intervento chirurgico necessario *quoad vitam* per la rimozione di un blocco intestinale – risultava affetto da grave insufficienza cardiaca e respiratoria.

Accertato qui il *nesso causale* (la morte è univocamente correlabile alla somministrazione dell'anestesia, essendo state escluse spiegazioni causali

⁵⁰ Identiche considerazioni, in ordine al possibile spostamento dell'oggetto dell'onere probatorio in capo al p.m. (tenendo fermo il metro dell'«oltre ogni ragionevole dubbio!»), in F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1312.

alternative dell'evento) e il carattere *colposo* della condotta del sanitario (un «buon anestesista» avrebbe optato, in quella situazione, per una sedazione soltanto parziale, sì da deprimere il meno possibile la funzionalità cardiaca e respiratoria), il giudice dovrà ancora verificare la sussistenza del doppio nesso tra colpa ed evento in relazione alle circostanze concrete, ivi comprese quelle conosciute *ex post*.

Nessun problema porrà, nella specie, la verifica del *primo* nesso, posto che l'evento concreto effettivamente realizzatosi – l'arresto cardiaco – costituisce una specifica concretizzazione del rischio che la norma cautelare violata mirava a prevenire. Le difficoltà – per lo più ignorate dalla giurisprudenza, che come si è già ricordato tende semplicemente a non porsi il problema del *secondo* nesso tra colpa ed evento nell'ambito dei reati commissivi colposi – sorgeranno invece quando il giudice dovrà finalmente chiedersi: «che cosa sarebbe successo se l'anestesista avesse praticato il trattamento medicalmente indicato (la sedazione parziale)?».

Applicando i medesimi principi poc'anzi enunciati, la responsabilità dell'anestesista dovrà senz'altro *escludersi* qualora risulti, anche sulla base di circostanze conosciute *ex post*, che il paziente *non avrebbe comunque tollerato alcun tipo di anestesia*, in considerazione delle sue condizioni generali estremamente scadenti o della estrema gravità delle sue patologie cardiache e respiratorie, anche al di là del quadro conosciuto e conoscibile all'anestesista. In tal caso, infatti, il rispetto della regola cautelare non sarebbe comunque valso a evitare l'evento: la regola cautelare avrebbe comunque *fallito* nel suo compito di tutela del bene giuridico.

Sarebbe però a mio avviso eccessivo richiedere, per sostenere una condanna del medico, addirittura la prova che l'esecuzione della condotta doverosa secondo le *leges artis* avrebbe *certamente evitato* l'arresto cardiaco. Ai fini di una condanna dell'imputato, basterà qui la prova che un'anestesia soltanto parziale avrebbe con ogni verosimiglianza *significativamente diminuito le chances* di verificazione dell'evento letale, in relazione alla *concreta* situazione clinica del paziente, così come accertata (anche sulla base dell'esame autoptico) al momento del giudizio⁵¹.

⁵¹ L'impostazione qui adottata consente, evidentemente, di recuperare l'identità nei criteri di accertamento del secondo nesso tra colpa ed evento con riguardo ai reati colposi tanto *commissivi* quanto *omissivi* (sul dibattito in proposito, cfr. *supra*, note 23 e 36), in entrambi i casi risultando sufficiente la prova che il comportamento alternativo omissivo (e conforme a diligenza) avrebbe, quanto meno, diminuito in maniera significativa le *chances* di verificazione dell'evento. Non mi persuade, in effetti, l'obiezione di Donini, secondo cui la prova della diminuzione del rischio sarebbe sufficiente soltanto nei reati *commissivi*, dal momento che lì vi sarebbe – a monte – la prova di un nesso *certo* tra condotta ed evento, rappresentato dal nesso causale, inesistente invece allorché l'addebito abbia natura *omissiva* (cfr. ancora, per i riferimenti puntuali, la precedente nota 23). Il nesso causale tra azione ed evento svolge, nei reati commissivi d'evento, una funzione tipizzante, consentendo di selezionare come penalmente rilevanti quelle sole condotte contrarie a diligenza che abbiano per l'appunto *causato* l'evento; mentre nei reati omissivi

11. *L'estensione dei principi sin qui enunciati alle ipotesi di responsabilità dolosa*

I principi sin qui enunciati potranno essere, infine, tranquillamente applicati anche nelle ipotesi in cui si tratti di accertare una responsabilità dell'imputato a titolo di *dolo*, anziché di colpa, sol che si convenga con l'affermazione – enunciata in termini icastici, in seno alla dottrina italiana, proprio da Giorgio Marinucci – secondo cui il rimprovero per dolo *contiene in sé* – o comunque *presuppone* – in rapporto da *plus* a *minus*, il rimprovero per colpa («non c'è dolo senza colpa»).

Immaginiamoci – per restare nell'ambito della responsabilità medica – che un sanitario in servizio nel reparto di pronto soccorso, riconoscendo nel paziente l'amante della moglie, decida consapevolmente di rimanere inattivo, non praticandogli l'intervento doveroso secondo le *leges artis*, non impedendone così la morte. Ai fini dell'affermazione di una sua responsabilità penale *ex artt.* 40 c. 2, 575 c.p. il giudice dovrà, nell'ordine, accertare:

- la causa *reale* della morte del paziente (ad es., insufficienza respiratoria acuta);
- la sussistenza di una *posizione di garanzia* in capo al sanitario (certamente presente in capo ad un medico in servizio nel reparto di pronto soccorso, che abbia effettivamente preso in carico il paziente);
- la contrarietà alle *leges artis* della condotta del sanitario (un «buon medico» avrebbe immediatamente sottoposto il paziente, in presenza del quadro clinico riconoscibile al momento del fatto, ad intubazione tracheale), e dunque la natura *colposa* della *condotta* medesima;
- la congruenza tra la norma cautelare violata e l'evento concretamente verificatosi (l'arresto cardiocircolatorio che ha determinato la morte del paziente è proprio l'evento che l'intubazione tracheale intende prevenire): primo nesso tra colpa ed evento;
- l'*efficacia antagonista rispetto alla patologia in corso* che avrebbe avuto la tempestiva intubazione tracheale del paziente, in relazione a tutte le circostanze del caso concreto anche se conosciute *ex post*, dovendosi così escludere l'imputazione dell'evento allorché risulti ad es. che lo stato atossico e ipercapnico del paziente era così grave al momento del suo

impropri tale funzione tipizzante, secondo la prospettiva qui sostenuta, è svolta – anziché dal nesso causale – dall'*obbligo giuridico di impedire l'evento*, giusta il disposto della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c. 2 c.p. *Dopo* questa prima selezione (assicurata nell'un caso dal nesso causale, nell'altro dall'obbligo impeditivo dell'evento), occorrerà procedere in entrambi i casi alla verifica relativa alla presumibile efficacia *nel caso concreto* della condotta colposa omessa: verifica, questa, che è oggetto precipuo del secondo nesso tra colpa ed evento, e che ben potrà essere compiuta in entrambi i casi con le medesime cadenze e alla stregua del medesimo *standard* di accertamento.

arrivo in ospedale da rendere verosimilmente *del tutto inutile* la stessa intubazione tracheale, e risultando invece consentita l'imputazione allorché si possa affermare invece che la tempestiva intubazione sarebbe stata con ogni verosimiglianza efficace a ridurre il rischio di verifica- zione di eventi avversi letali: secondo nesso tra colpa ed evento.

Soltanto nell'ipotesi in cui *tutti* questi accertamenti abbiano avuto esito positivo – e sia così risultata accertata, in particolare, la *colpa* dell'imputato *rispetto all'evento* –, il giudice potrà porsi la domanda relativa all'eventuale sussistenza addirittura della *volontà* in capo al sanitario di non impedire la morte del paziente. Mancando invece la prova di una colpa del sanitario nel senso appena precisato, si dovrà anche escludere in radice la sua responsabilità a titolo di omicidio doloso.

A identici risultati, si noti, potrebbe agevolmente pervenire chi, pur non riconoscendosi nell'affermazione «non c'è dolo senza colpa», preferisse utilizzare la categoria dell'*imputazione oggettiva* dell'evento, riconducendo ad essa i tre giudizi, rispettivamente *a)* sulla violazione delle *leges artis* da parte del medico (creazione di un *rischio non consentito* dall'ordinamento), *b)* sulla congruenza tra evento concretamente realizzatosi e scopo della norma cautelare violata, e infine *c)* sulla presumibile efficacia della condotta doverosa omessa in relazione alle circostanze concrete. La sussistenza di tutti questi presupposti risulterebbe infatti, anche in quest'ottica, condizione imprescindibile dell'imputazione *oggettiva* dell'evento, preliminare appunto alla sua imputazione *sogettiva* (in questo caso, a titolo di *dolo*).

La sostanza delle cose, dunque, non cambierebbe, qualunque fosse la sistemica adottata.

12. Un breve excursus sulla «terza via» proposta da Roxin

Una «terza via» tra la tesi qui sostenuta e quella dominante presso la dottrina italiana è quella percorsa da Roxin: tesi sulla quale ha recentemente richiamato l'attenzione, in chiave critica, il mio Maestro Giorgio Marinucci⁵².

La proposta del grande penalista tedesco – formulata nel quadro di un approccio teorico che riconosce legittimità alla categoria della «causalità tra omissione ed evento», pur nella consapevolezza della diversità di struttura tra tale giudizio e quello relativo alla causalità tra azione ed evento⁵³ – ruota attorno all'affermazione secondo cui la condotta inos-

⁵² G. MARINUCCI, *Causalità reale*, cit., 533.

⁵³ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, cit., § 31, n. 40 ss., spec. 43.

servante del dovere di diligenza potrà essere imputata all'imputato ogniqualvolta *risulti*, allo *standard probatorio* di una «probabilità confinante con la certezza», e sulla base di tutte le circostanze conosciute dal giudice al momento del giudizio, che il compimento dell'azione doverosa avrebbe condotto ad una «*modificazione del decorso causale tale da diminuire i rischi*» incombenti sul paziente⁵⁴.

Ad esempio, chiarisce l'Autore, «laddove il paziente muoia per una patologia cardiaca, non fronteggiata dal medico con l'operazione indicata secondo le regole dell'arte medica, il medico risponderà per non avere colposamente impedito l'evento *allorché risulti che l'operazione avrebbe almeno nell'immediato conservato la funzionalità cardiaca*. La possibilità che il paziente sarebbe comunque morto in conseguenza di eventi avversi ricollegabili all'operazione [...] non modifica questa conclusione, giacché l'evento finale si sarebbe in tal caso verificato in esito a un *diverso* decorso causale. Analogamente, se risulta che il (doveroso e possibile) trapianto di un organo avrebbe *nell'immediato* salvato la vita del paziente, la sua omissione dovrà essere qualificata come omicidio colposo anche quando non possa escludersi la possibilità di un successivo rigetto dell'organo trapianto. E ancora, se risulta che la somministrazione di farmaci medicalmente indicati avrebbe certamente *influito positivamente sul paziente*, la morte di costui, conseguente alla mancata somministrazione di quei farmaci, dovrà essere imputata al medico anche laddove non possa escludersi che i farmaci medesimi non avrebbero comunque evitato, *alla fine*, la sua morte»⁵⁵.

Si potrebbe a prima vista obiettare che in tal modo Roxin sostituisca, nel giudizio controfattuale sull'efficacia impeditiva della condotta omessa, un evento intermedio estraneo al paradigma della norma incriminatrice (il miglioramento momentaneo delle condizioni del paziente) all'evento penalmente rilevante (la morte del paziente). Ma, a ben guardare, la tesi roxiniana può essere letta come una mera riformulazione del principio, pacifico anche presso la dottrina italiana in tema di «causalità omissiva», secondo cui l'efficacia impeditiva della condotta deve essere vagliata non già con riferimento all'evento astratto «morte del paziente», bensì alla morte così come *hic et nunc* verificatasi, nelle sue *concrete coordinate spazio-temporali* e in esito ad un *ben determinato decorso causale*. Ogniqualvolta vi sia infatti la prova che la tempestiva adozione della terapia indicata come doverosa secondo la buona pratica medica avrebbe con tutta probabilità innescato nel paziente una reazione antagonista della patologia in corso, sì da determinare quanto meno un *ritardo* nel suo decesso, si potrà al tempo stesso affermare che quella condotta avrebbe, se compiuta, impedito il verificarsi

⁵⁴ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, cit., § 31, n. 55.

⁵⁵ C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, II, cit., § 31, n. 56.

di *quell'evento* che si è nei fatti verificato (la morte del paziente in *quelle* coordinate spazio-temporali, e con *quelle* specifiche modalità)⁵⁶.

Il problema è, però, che anche con questa precisazione la tesi condurrebbe, se rigorosamente intesa, ad esiti *assolutori* in una grande quantità di casi nei quali pure risulti accertata una grave *colpa* a carico del medico. La realtà è che solo in pochissimi casi sarà possibile affermare che la tempestiva adozione di una terapia avrebbe *certamente* prodotto una qualche risposta nell'organismo del paziente, tale da ridurre le *chances* di verificazione dell'evento lesivo finale⁵⁷. Nella grande maggioranza dei casi, tutto ciò che il consulente o il perito potranno ragionevolmente affermare, sulla base di consolidati studi clinici ed epidemiologici, è che una data terapia (antibiotica, chemioterapica, ecc.) produce una risposta nell'organismo di pazienti affetti da una data patologia in una percentuale X di casi, mentre *non produce alcun effetto* in una percentuale Y di casi, nei quali i pazienti si mostrano del tutto insensibili alla terapia. Ciò significa che in queste ipotesi non è possibile pronosticare con certezza se l'organismo *del paziente Tizio*, la cui morte è secondo l'ipotesi accusatoria addebitata al medico, si sarebbe rivelato in concreto rispondente alla terapia, ovvero se per qualche ragione – per lo più ignota agli stessi studi scientifici rilevanti, che spesso non sono in grado di spiegare *perché* il farmaco funzioni soltanto in una percentuale di casi – la terapia non avrebbe su di lui prodotto alcun effetto positivo.

In queste ipotesi, che sono – ripeto – quelle statisticamente più frequenti, il giudice si troverà dunque dinnanzi a un bivio: assolvere il medico, anche allorché risulti che la sua condotta sia stata *gravemente errata* dal punto di vista delle *leges artis*, oppure condannarlo sulla base della considerazione che con tale condotta egli ha *indebitamente sottratto al pa-*

⁵⁶ La tesi, da sempre considerata pacifica presso la dottrina italiana (cfr. per tutti G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 595; P. VENEZIANI, *Regole cautelari*, cit., 129 s.), è ripresa recentemente da M. ROMANO, *Nesso causale*, cit., 915, in chiave ampliativa rispetto alla tesi che vorrebbe confinare la responsabilità per omesso impedimento della morte del paziente alle sole ipotesi in cui il giudice disponga di una legge di copertura con frequenza statistica prossima a 100, sulla cui base sia possibile affermare che il compimento della misura terapeutica omessa produce *sempre* (o *quasi sempre*) l'impedimento *della morte* (senz'altre specificazioni) del paziente. Valorizza il criterio dell'*hic et nunc*, pur problematizzandolo in relazione alla questione cruciale di quanto debba essere «significativa» la diversità dell'evento concreto rispetto a quello che ci si sarebbe potuto attendere nel caso di compimento della condotta doverosa omessa, anche F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1323 s.

⁵⁷ Per una rassegna dei (pochi) trattamenti che, secondo la scienza medica, *possiedono* una capacità pressoché *sicura* di indurre una risposta positiva nell'organismo del paziente, tale da scongiurare almeno nell'immediato la morte del paziente medesimo, cfr. F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1320 (che menziona, tra l'altro, la tracheotomia d'urgenza nel soffocamento asfittico delle prime vie aeree; la terapia endovenosa al naloxone nell'intossicazione acuta da oppioidi-eroina; la somministrazione di glucosio nel coma ipoglicemico; ecc.).

ziente le chances che la tempestiva adozione del trattamento gli avrebbe assicurato, così come valutate in esito a un esame rigoroso delle sue concrete condizioni cliniche emerse al momento del giudizio.

Questa, mi pare, la reale alternativa che si pone alla giurisprudenza, e alla quale non credo sia possibile sfuggire percorrendo vie intermedie, teoricamente raffinate ma in fin dei conti dotate di ben scarsa capacità di rendimento di fronte alle reali difficoltà di accertamento nelle quali si imbatte la prassi.

13. In chiusura: qualche replica preventiva ad altrettante obiezioni

«Morte della ‘causalità omissiva’ e trasfigurazione nella colpa»: così – parafrasando la felice espressione di Marinucci, di Straussiana memoria⁵⁸ – potrebbe essere riassunto il senso complessivo della tesi qui sviluppata, che mira, sulla base di questa premessa sistematica, ad affermare *apertis verbis* la legittimità di sentenze di condanna fondate sull’accertamento, condotto alla luce di tutte le circostanze concrete ancorché emerse soltanto *ex post*, che l’imputato abbia *indebitamente sottratto* al soggetto passivo le chances che la condotta doverosa omessa gli avrebbe assicurato. Tesi qui espressa con riferimento al settore particolare della responsabilità da *medical malpractice*, ma che ha – ovviamente – una naturale vocazione a porsi come *paradigma generale di imputazione per colpa* nella responsabilità per reati omissivi impropri, beninteso con riferimento alle ipotesi in cui la norma cautelare violata miri non già all’*azzeramento* dei rischi inerenti a un processo causale in corso, bensì – come accade per la generalità delle regole dell’arte medica – al loro mero *contenimento*.

Giunti al termine di questo percorso, appare peraltro doveroso confrontarsi con le principali obiezioni che potrebbero essere mosse ad una tale tesi, che si pone in radicale e consapevole contrasto con quella che è, almeno in Italia, la *communis opinio*.

Le obiezioni, ritengo, potrebbero essere di due ordini: le une, più radicali, miranti ad affermare *tout court* la *contrarietà al diritto vigente* della tesi medesima; le altre di matrice squisitamente politico-criminale, *rectius* di «politica giudiziaria».

a) Sotto il primo profilo, si potrebbe opporre in maniera *tranchante* a questa tesi la sua *contrarietà al dato normativo ordinario* di cui all’art. 40 c.p., nonché – addirittura – ai *principi costituzionali* di cui all’art. 27 commi 1 e 2.

⁵⁸ Il riferimento è al sottotitolo («Morte della «imputazione oggettiva dell’evento» e sua trasfigurazione nella colpevolezza?») del saggio, più volte citato anche in questo articolo, *Non c’è dolo senza colpa*.

In primo luogo, avallando la punizione di un soggetto per un evento a prescindere dalla prova del nesso causale tra la sua condotta e l'evento, la tesi finirebbe per trasformare il reato omissivo improprio in un reato di pericolo e di mera condotta, nel quale l'evento sarebbe degradato, *contra legem*⁵⁹, a mera condizione obiettiva di punibilità⁶⁰.

In secondo luogo, la tesi condurrebbe a sancire una responsabilità penale per un fatto *non proprio* dell'agente, in violazione del canone costituzionale della *personalità della responsabilità penale*⁶¹.

Infine, autorizzando la condanna di un imputato in assenza di prova dell'efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa rispetto all'evento penalmente rilevante, la tesi violerebbe lo stesso principio della *presunzione di innocenza* (che impone al giudice di assolvere l'imputato ogniqualvolta la sua colpevolezza per il fatto non sia provata *oltre ogni ragionevole dubbio*), ascrivendo all'imputato «un evento «forse», non «certamente», cagionato dal suo comportamento»⁶².

A simili, radicali obiezioni la risposta deve suonare però altrettanto netta e perentoria: né il legislatore, né tanto meno l'interprete possono *inventarsi* un nesso causale tra un *non facere* ed un evento, laddove un tale nesso non esista *in rerum natura*. Questa affermazione non è invero pacifica, da parte di autorevolissima e compianta dottrina essendosi sostenuto, anche nel nostro paese, che sia ben possibile parlare di una causalità *reale* tra una condizione statica (l'omissione) e un evento; ma, laddove non si aderisca a tale – minoritaria – impostazione, e si riconosca che *ex nihilo nihil fit*, allora parlare di «causalità» tra omissione ed evento sarà nulla più che una *finzione normativa*.

A un tale rilievo non sfugge l'art. 40 c.p., che dopo aver sancito al primo comma la regola generale secondo cui «nessuno può essere punito [...] se l'evento dannoso o pericoloso [...] non è *conseguenza della sua azione od omissione*», è subito costretto – al secondo comma – a indicare all'interprete *a quali condizioni* un evento deve ritenersi *giuridicamente* «conseguenza» di un'omissione, nell'evidente consapevolezza della impossibilità, sul piano *naturalistico*, di individuare un *reale* nesso causale tra un *non facere* e la verifica di un evento penalmente rilevante.

⁵⁹ L'insuperabile contrarietà della soluzione qui sostenuta (bollata anzi come frutto di un'interpretazione *analogica in malam partem* che «calpesta il principio costituzionale di stretta legalità, pur di soddisfare un inappagato bisogno di punizione») al diritto vigente è sostenuta con particolare vigore, da ultimo, da G. MARINUCCI, *Causalità reale*, cit., 529, 532, 535.

⁶⁰ Per questa obiezione, cfr., tra i molti, M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, cit., 107.

⁶¹ Così, ad es., D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 243.

⁶² Così, testualmente, le Sezioni unite in *Franzese*, a proposito in generale della teoria dell'aumento (o mancata diminuzione) del rischio. Il riferimento alla presunzione di innocenza (e al canone probatorio connesso dell'«oltre ogni ragionevole dubbio») è implicito in tutti gli autori che lamentano la violazione del principio dell'*in dubio pro reo* (cfr. ad es. A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Manuale*, cit., 231).

Ora, l'art. 40 c. 2 c.p. richiede la prova a) dell'esistenza di un *obbligo giuridico di impedire un evento penalmente rilevante* in capo a un soggetto determinato, e b) del *mancato impedimento* dell'evento medesimo da parte del «garante».

A mio parere, proprio nulla osta – sul piano dell'esegesi meramente *letterale* della norma, che è quella che segna il confine tra la legittima attività di interpretazione e l'analogia vietata in materia penale – a che l'interprete possa leggere il requisito b) come espressivo della mera necessità che l'evento *si sia di fatto verificato*: la verifica dell'evento *dimostra di per sé*, senza necessità di alcun'altra indagine, che il garante *non l'ha impedito* – la norma non richiedendo invece espressamente l'*ulteriore* requisito implicito nella pre-comprensione abituale, e cioè che il soggetto gravato dell'obbligo giuridico impeditivo *potesse* di fatto impedire l'evento. Quando il giudice, cioè, abbia accertato a) che Tizia era la madre del piccolo Caio, e dunque era titolare di un obbligo giuridico di protezione nei suoi confronti *ex artt. 30 Cost. e 147 c.c.*, e b) che il piccolo Caio è morto annegato in mare, la fattispecie disegnata dall'art. 40 c. 2 c.p., in combinato disposto con la norma incriminatrice dell'omicidio, è – dal punto di vista letterale – *completa*: Tizia *non ha impedito la morte* di Caio, pur avendo l'obbligo giuridico di impedirla. L'equiparazione normativa tra una condotta che *causa* e una condotta che *non impedisce* la morte di un uomo è possibile in forza unicamente della *posizione di garanzia* che avvince qui Tizia e Caio: non già di un (inesistente) nesso oggettivo tra l'*inazione* di Tizia e la morte di Caio⁶³.

Naturalmente, ai fini dell'affermazione della *responsabilità penale* di Tizia questo accertamento non sarà sufficiente: il p.m. dovrà, altresì, provare

⁶³ Identico *iter* argomentativo in F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1282 s., in un passo che vale la pena di citare letteralmente: «se a questo punto ci si rivolge alla normativa vigente, si trova nella parte generale del codice penale una disposizione, l'art. 40 secondo comma, che nei reati di evento assimila al requisito di causazione quello del «non impedire l'evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire». In virtù di tale assimilazione tutte le fattispecie causali incriminatrici vedono integrato e rinnovato il loro contenuto nel modo seguente. «Chiunque cagiona l'evento X, ovvero, avendone l'obbligo giuridico, non lo impedisce...». Con la conseguenza logica che verificatosi X (per es. la morte di una persona), affinché la fattispecie oggettiva sia integrata occorre accertare che nei reati commissivi l'azione del soggetto sia stata causa dell'evento, mentre nei reati omissivi già il verificarsi dell'evento dimostra a sufficienza che ... l'evento non è stato impedito; cioè, ai sensi dell'art. 40, secondo comma, che l'obbligo giuridico di adempimento non è stato adempiuto [corsivo aggiunto]. Come dire che data una posizione di garanzia, ciascun evento rientrando fra quelli coperti dalla posizione di garanzia è per ciò solo rilevante, senza bisogno di aggiungere un'indagine fattuale di tipo causale». E ancora (p. 1284): «il nesso di omissione e di evento contiene rispetto a quello commissivo un elemento in più, la posizione di garanzia, e un elemento in meno, il nesso causale (naturalistico). Tale nesso causale naturalistico, che costituisce il primo gradino d'imputazione e di filtro della responsabilità penale nei reati commissivi, è sostituito in quelli omissivi dalla posizione di garanzia, che a sua volta ne costituisce il primo gradino d'imputazione e di selezione» (corsivo aggiunto).

che Tizia sia *personalmente rimproverabile* per la morte di Caio⁶⁴. Ma questa prova attiene, per l'appunto, ad un piano distinto da quello di cui si occupa l'art. 40 c. 2 c.p.: la *sedes* di questo giudizio andrà ricercata altrove, e precisamente nelle regole di *imputazione* cristallizzate, nel codice penale italiano, dall'art. 43 c.p., applicabile a tutti i reati e dunque anche alla fattispecie complessa che si desume dal combinato disposto dell'art. 40 c. 2 c.p. e della norma incriminatrice di parte speciale che viene di volta in considerazione. *In quella sede* occorrerà dunque valutare se Tizia si sia comportata in maniera negligente o imprudente (ad es. lasciando incustodito il bambino ai bordi della piscina); se l'evento effettivamente realizzatosi costituisca la specifica realizzazione del rischio che la norma cautelare violata mirava a prevenire; se le precauzioni che un genitore accorto avrebbe adottato al suo posto sarebbero valse *nelle circostanze concrete a contrastare efficacemente* il rischio che il piccolo potesse annegare; e se, infine, non sussistessero particolari circostanze da rendere *inesigibile* il compimento della condotta doverosa per quella donna. Solo se la risposta suonerà affermativa, Tizia potrà essere condannata per non avere impedito (colposamente, o in ipotesi addirittura dolosamente) la morte di Caio.

Ciò posto, davvero non mi persuade la consueta obiezione secondo cui in tal modo si trasformerebbe surrettiziamente il reato omissivo improprio in un reato *di pericolo e di mera condotta*⁶⁵. L'evento dannoso, per cominciare, si deve essere *effettivamente verificato* perché si possa parlare di un reato omissivo improprio: ciò che per definizione non accade negli (autentici) reati di pericolo, che si consumano a prescindere dalla verifica o meno dell'evento. Né esso potrà essere considerato, secondo la prospettiva qui sostenuta, quale mera condizione obiettiva di punibilità, il significato del *duplice nesso tra colpa ed evento* – secondo quanto insegna la dottrina più autorevole, e secondo quanto ampiamente argomentato nelle pagine precedenti – essendo proprio quello di stabilire una *connessione* tra la condotta colposa (valutata come tale in esito a un giudizio puramente *ex ante*) e l'evento così come concretamente verificatosi ed accertato *ex post*. Non si tratterà, invero, di un autentico *nesso causale*, che il legislatore non potrebbe del resto richiedere senza fare violenza alla realtà: ma si tratterà comunque di una connessione forte, non già di una mera successione cronologica di

⁶⁴ Identico, anche qui, il passaggio logico di F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1283 s., il quale conseguentemente inquadra la questione dell'ipotetica efficacia della condotta conforme a diligenza omessa dal garante entro il problema dell'imputazione *per colpa* dell'evento, nel capitolo relativo alla «causalità della colpa» (p. 1308 ss.), giungendo peraltro a conclusioni diametralmente opposte a quelle qui sostenute, in relazione all'affermata *insufficienza* della prova che la condotta doverosa omessa avrebbe innalzato le *chances* di risultati benefici per il paziente (p. 1311 ss.).

⁶⁵ L'obiezione continua, invece, ad essere ritenuta insuperabile da F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1311.

avvenimenti tra loro del tutto slegati, come potrebbe avvenire rispetto ad una (autentica) condizione obiettiva di punibilità.

In quest'ottica va dunque affrontato il problema del rapporto con il principio di *personalità della responsabilità penale*, di cui all'art. 27 c. 1 Cost. Si legge spesso, in dottrina, che il nesso causale tra condotta ed evento sarebbe il primo ed essenziale requisito perché l'evento penalmente rilevante possa essere considerato come «fatto proprio» dell'imputato, e dunque come fatto del quale questi possa essere chiamato *personalmente* a rispondere; ma, se così davvero fosse, la disciplina dell'art. 40 c. 2 c.p. sarebbe senz'altro in contrasto con la Costituzione, dal momento che tale norma consente per l'appunto che un soggetto venga chiamato a rispondere penalmente di un evento da lui certamente *non causato* (applicandosi altrimenti il *primo* comma dell'art. 40). La conclusione della radicale illegittimità costituzionale dell'art. 40 c. 2 c.p. per contrasto con l'art. 27 c. 1 Cost. può peraltro essere agevolmente evitata laddove si riconosca – con la Corte costituzionale – che il principio di personalità della responsabilità penale impone unicamente che questa si fondi su di un *rimprovero personale* per la realizzazione del fatto; rimprovero che ben può radicarsi nel *mancato adempimento degli obblighi connessi alla posizione di garanzia* che gravava sul soggetto rimasto inattivo di fronte alla prospettiva di un evento lesivo a danno del bene «garantito»⁶⁶. E il contenuto di tali obblighi (l'unico contenuto *ragionevole* di tali obblighi) altro non può essere – al di fuori delle ipotesi in cui la norma cautelare è costruita in modo da garantire addirittura l'*azzeramento* dei rischi incombenti sul bene giuridico – che quello di *fare tutto il possibile*, nei limiti delle proprie capacità e delle facoltà giuridiche concesse dall'ordinamento, per *contenere il rischio* del verificarsi di eventi lesivi a carico del bene, in esiti

⁶⁶ Per un analogo, deciso ridimensionamento dell'importanza del nesso causale tra condotta ed evento ai fini del rispetto del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 c. 1 Cost., e per il correlativo accento sull'esigenza di *personale rimproverabilità* del fatto all'autore (che non necessariamente presuppone la *causazione* dell'evento in termini naturalistici o logico-condizionalistici, ma che riposa proprio sulla «colpa e [sul] nesso effettuale che l'avvince all'evento»), cfr. ancora F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo*, cit., 1291 s., in un passo che per la sua rara limpidezza e perspicacia vale la pena ancora di citare letteralmente: «allargando infine lo sguardo anche al di là dello stretto tema dell'alterità o identità del modo di accertamento di fatti commissivi e omissivi, è verosimilmente inadeguato nei reati causalmente orientati attribuire il centro dell'offensività dell'illecito alla causalità materiale dell'evento; ma piuttosto – sebbene la tradizione giuridica qui giochi a sfavore – il vero centro del reato appare consistere nella colpa e nel nesso effettuale che l'avvince all'evento. È in virtù della colpa 'causatrice' che le fattispecie causali pure acquistano corpo e sangue. Tutto ciò è trascurato, quando spesso si dice che la qualità che rende «proprio» il fatto dell'agente è data dal nesso condizionale tra azione ed evento [...]. La *summa divisio* tra responsabilità penale vietata *ex art. 27 Cost.* e responsabilità penale consentita non corre sul filo del discrimine tra fatto altrui e fatto 'proprio' in quanto materialmente causale, ma tra responsabilità per fatto incolpevole e responsabilità per fatto colpevole».

a decorsi causali dei quali di regola (a parte forse casi marginali, come quelli della madre che lascia morire d'inedia il bimbo) *non ha il completo controllo*. Né più, né meno.

Laddove dunque Tizia *non* abbia fatto tutto ciò che le era possibile, secondo le circostanze concrete, per evitare la morte di Caio, nulla osterà alla possibilità, giuridica e ancor prima morale, di *rimproverarle* la morte del piccolo, ancorché tale morte non sia stata in alcun modo da lei «causata»; e di condannarla conseguentemente a titolo di omicidio *come se* fosse stata la sua azione la causa di quella morte. In piena consonanza con il principio di cui all'art. 27 c. 1 Cost.

Altra questione è quella di valutare se, *de iure condendo*, la rigida equiparazione tra *causazione* e *omesso impedimento* dell'evento da parte del garante non sia foriera di eccessi sul piano sanzionatorio, magari censurabili sul piano costituzionale sotto il diverso angolo visuale del principio di *proporzione* (ex art. 3 Cost.) tra gravità del fatto ed entità della sanzione; e se, conseguentemente, non possa apparire opportuna anche nel nostro ordinamento l'introduzione di una *attenuazione* della pena (facoltativa, sul modello del § 13 StGB tedesco, o addirittura obbligatoria) rispetto alla responsabilità «commissiva». Ma si tratterà, allora, di una valutazione da condurre sul terreno della *critica* al diritto vigente: non su quello della sua *interpretazione*, che è quello che qui unicamente viene in discussione.

Quanto infine al principio della *presunzione di innocenza* di cui all'art. 27 c. 2 Cost.⁶⁷, l'idea secondo cui consentire la condanna anche in assenza di prova della *sicura* efficacia impeditiva della condotta doverosa omessa spalancherebbe il rischio di condannare un *innocente*⁶⁸ si risolve in una vera e propria *petitio principii*. Il problema è, naturalmente, che cosa debba intendersi per «innocente». E a mio giudizio non v'è dubbio che *non* possa essere ritenuto tale colui che abbia omesso di attivarsi per schermare in maniera efficace i rischi che incombevano sul bene giuridico, pur dovendolo e potendolo fare; sicché, allorché in esito all'istruzione probatoria risulti che il soggetto abbia in tal modo sottratto indebitamente *chances* di salvezza al bene, il giudice avrà (giustamente) condannato un *colpevole*, non già un «innocente».

Né il (sacrosanto) canone probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio potrà ritenersi violato, laddove si individui correttamente il *thema probandum*: che non è più, nell'ottica qui adottata, l'efficacia impeditiva dell'evento (la cui prova non è affatto richiesta in modo inequivoco dall'art. 40 c. 2 c.p., come mostra invece di ritenere la dottrina oggi dominante in Italia), ma l'*indebita sottrazione di chances* al soggetto passivo.

⁶⁷ L'obiezione è evocata in genere, nella letteratura di lingua tedesca, con riferimento alla – presunta – violazione del canone probatorio dell'*in dubio pro reo*.

⁶⁸ L'idea è evocata ancora recentissimamente da S. CANESTRARI, I. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., 367.

Indebita sottrazione che diverrà dunque essa stessa l'oggetto dell'onere probatorio del pubblico ministero, al consueto canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, secondo le cadenze sopra analiticamente illustrate.

b) Una seconda serie di obiezioni potrebbe invece muoversi sul terreno più squisitamente politico-criminale, in relazione in particolare all'impatto che la tesi qui proposta potrebbe avere sulla *prassi giudiziaria italiana*. La tesi potrebbe in effetti essere stigmatizzata come di *retroguardia* rispetto all'attuale evoluzione della giurisprudenza italiana in materia di causalità, riproponendo sotto spoglie più o meno mascherate quel criterio dell'«aumento del rischio» (*sub specie*, qui, di *mancata diminuzione del rischio*) che tante reazioni critiche ha suscitato nella dottrina italiana dell'ultimo ventennio e che è stato espressamente rigettato dalle Sezioni unite penali in *Franzese*, e in relazione al quale si è insistentemente parlato di intollerabile «flessibilizzazione delle categorie dogmatiche» in funzione di scopi di politica giudiziaria.

Al riguardo, conviene una volta per tutte sgomberare il campo da un possibile fraintendimento. La tesi qui sostenuta non intende in alcun modo porsi come *surrogato* della causalità nei reati *commissivi* d'evento: rispetto ai quali reati dovrà, ovviamente, continuare per prima cosa a essere puntualmente dimostrato il *nesso causale* (reale!) tra la condotta dell'imputato e l'evento, con le cadenze ben sintetizzate in *Franzese*.

E la precisazione appare di particolare importanza, in relazione a certe tendenze giurisprudenziali (diffuse soprattutto negli anni ottanta e novanta, ma giustamente stigmatizzate dalla dottrina più attenta) a classificare come reati omissivi impropri fatti di natura inequivocabilmente *commissiva*, come l'*esposizione a sostanze tossiche* di lavoratori successivamente deceduti o ammalatisi. Qui ciò che si rimprovera all'imputato, prima ancora che di avere *omesso* l'adozione di misure antinfortunistiche, è di avere – per l'appunto – *esposto* i lavoratori a sostanze potenzialmente dannose nel contesto del processo produttivo⁶⁹. Sicché il giudice dovrà, *in primo luogo*, accertare un nesso causale *reale* tra l'esposizione a quelle sostanze e l'insorgere della patologia in capo al lavoratore, attraverso un *iter* logico che passerà – secondo lo schema *Franzese* – attraverso a) la verifica dell'esistenza di una *generale* correlazione statistica tra esposizione a quella sostanza e la possibile insorgenza della patologia di cui soffrono o hanno sofferto i lavoratori in questione, e b) la successiva corroborazione dell'ipotesi della correlazione, attraverso la puntuale esclusione dei possibili decorsi alternativi idonei parimenti a spiegare l'insorgere della patologia. Soltanto laddove tale complessa verifica abbia avuto esito po-

⁶⁹ Così, esattamente, M. DONINI, *Imputazione oggettiva*, 118; L. MASERA, *Il modello causale*, cit., 499 ss., e *ivi* puntuali rif. bibl. e giurispr.

sitivo – potendosi così affermare, oltre ogni ragionevole dubbio, che quei lavoratori *non si sarebbero ammalati se non fossero stati esposti dall'imprenditore a quelle sostanze* – sarà possibile passare alla *successiva* verifica della *colpa* dell'imprenditore, in tutti i suoi passaggi: tra i quali avrà, alla fine, uno spazio anche la verifica circa l'efficacia della condotta doverosa omessa rispetto all'obiettivo, imposto dalle norme cautelari applicabili al momento dei fatti, di *azzerare* o, secondo i casi, di *ridurre il più possibile* i rischi di insorgenza della patologia.

Quanto invece alle (autentiche) ipotesi di reato *omissivo* improprio, la tesi qui sostenuta non costituisce affatto – come confido di avere mostrato nelle pagine che precedono – in una mera *variante* della tesi dell'aumento del rischio, *sub specie* di «mancata diminuzione del rischio», così come ricostruibile in base alla *vulgata* diffusa presso la dottrina italiana (laddove la tesi viene presentata regolarmente in chiave *critica*, senza troppa attenzione alle sfumature), e così come di fatto la tesi è stata utilizzata nella giurisprudenza italiana degli anni ottanta e novanta. Caratteristica essenziale di questa *vulgata* è la valutazione puramente *ex ante* dell'aumento (o della diminuzione) del rischio, in forza dunque di un mero giudizio sulla *generale idoneità* della condotta doverosa omessa a ridurre il rischio di verificazione dell'evento, che prescinda dalla considerazione del *concreto* decorso degli avvenimenti. Chiedo venia per l'insistenza sul punto: ma il senso dell'accertamento puntuale del duplice nesso tra colpa ed evento (che è *successivo* rispetto alla verifica dal carattere *colposo* della *condotta*, da compiersi – quella sì – sulla base delle sole circostanze *conosciute e conoscibili* dal soggetto al momento del fatto) è invece quello di ancorare il rimprovero a una verifica della *presumibile efficacia* della condotta doverosa omessa *alla luce di tutte le circostanze concrete emerse nel decorso causale sfociato nell'evento lesivo*, ancorché conosciute soltanto *ex post* al momento del giudizio. Non basterà dunque, a sostenere una sentenza di condanna, affermare che l'azione doverosa omessa era *in generale* idonea a diminuire il rischio di verificazione di eventi lesivi del tipo di quelli verificatosi, alla luce degli studi scientifici pertinenti; ma occorrerà altresì fornire puntuale dimostrazione che quella condotta omessa sarebbe stata *davvero efficace* a contrastare la patologia di cui il paziente soffriva, alla luce di tutte le conoscenze acquisite al momento del giudizio; mentre si dovrà senz'altro escludere l'imputazione allorché risulti che la condotta doverosa omessa non sarebbe in alcun modo valsa a contrastare il decorso causale reale, per l'operare di fattori (ancorché non conoscibili *ex ante*) che avrebbero *comunque* reso inutile una condotta generalmente efficace in situazioni simili⁷⁰.

⁷⁰ La precisazione appena svolta consente di distinguere la tesi qui sostenuta, oltre che dalla prospettiva corrente presso la giurisprudenza italiana degli anni ottanta e no-



Con tutti questi *caveat* e precisazioni, francamente non credo che la prospettiva qui sostenuta possa essere tacciata di oscurantismo, e/o di accondiscendenza rispetto alle più grette istanze punitive della giurisprudenza.

Il senso complessivo dell'operazione concettuale qui sperimentata è, anzi, radicalmente opposto. Il messaggio (forse velleitario) che dovrebbe uscire da queste pagine non è una *carte blanche* rispetto a maggiori condanne in materia di responsabilità penale per *medical malpractice*, come a prima vista potrebbe apparire; bensì un invito a *fare sul serio*, finalmente, con l'accertamento della *colpa*, aggiornando gli *standard* correnti della giurisprudenza in materia alle acquisizioni di una dottrina che, per troppo tempo inascoltata, si sta sforzando ormai da vari decenni di raffinare ed arricchire il giudizio di imputazione per colpa rispetto agli esangui schemi della «prevedibilità» ed «evitabilità» dell'evento che si insegnavano una volta sui manuali.

La mia impressione è in effetti che, negli ultimi vent'anni, si sia in Italia riflettuto e parlato moltissimo di causalità, e troppo poco di colpa; e che si siano in questo modo inconsapevolmente distolte le energie di giudici, avvocati e studiosi dal requisito che, in ultima analisi, è proprio quello che *fonda il rimprovero personale* a carico dell'imputato.

Come ho avuto modo altrove di sottolineare⁷¹, è proprio sul terreno della colpa che dovrebbero essere stigmatizzati, oggi, gli attuali rigori-

vanta in tema di «mancata diminuzione del rischio» in materia di responsabilità medica, anche dalla proposta ricostruttiva di R. BLAIOTTA, *La causalità*, cit., 199 e 216 ss., che non valorizza a mio avviso a sufficienza la prospettiva della necessaria integrazione *ex post* del patrimonio conoscitivo sulla base del quale il giudice accerta la violazione delle *leges artis* da parte del medico. Ulteriore profilo differenziale rispetto alla tesi dell'A. è, d'altra parte, rappresentato dalla diversa *collocazione sistematica* della soluzione proposta, che Blaiotta continua a inquadrare entro la categoria tradizionale del «nesso causale» anziché in quello della colpa, indicando come norma rilevante lo stesso art. 40 c. 2 c.p. (cfr. in particolare 221: «al verbo impedire che compare nella norma occorre attribuire il significato di compiere le azioni che hanno concreta, significativa possibilità di evitare l'evento»). La dislocazione – qui sostenuta – del problema nella distinta categoria della colpa (nel capitolo relativo al secondo nesso tra colpa ed evento) consente, a mio modesto parere, di dar meglio ragione della logica differente che informa il giudizio sull'efficacia della condotta doverosa omessa rispetto a quello della causalità tra azione ed evento, e assieme di evitare in radice tutte le suggestioni che derivano dall'asserita *identità di struttura* tra causalità «attiva» ed «omissiva». Credo che convenga, in definitiva, affermare a chiare lettere che l'imputazione dell'evento a chi aveva il dovere giuridico di impedirlo *ex art. 40 c. 2 c.p.* non richiede la prova di alcun *nesso causale* tra il *non facere* e l'evento: il che sarà pure in contrasto con la tradizione giuridica, ma a conti fatti è meno stravagante di quanto potrebbe apparire a prima vista, come i passi di Angioni citati *supra* alla nota 63 mi paiono esaurientemente dimostrare.

⁷¹ F. VIGANÒ, *Problemi vecchi e nuovi*, cit., 970 ss.

smi giurisprudenziali in tema di *medical malpractice*. Ed è su *questo* terreno che occorrerebbe più proficuamente lavorare: ad esempio riproponendo con forza la questione dell'irrazionalità dell'orientamento ormai consolidato che ritiene sufficiente, a fondare la responsabilità del medico, una sua *colpa lieve*, insufficiente invece (giusta il disposto dell'art. 2236 c.c., quanto meno in relazione ai casi di «speciale difficoltà») a fondare la sua mera responsabilità civile; riflettendo *funditus* sulla definizione di ciò che debba intendersi per «obiettivo terapeutico», sì da evitare che possa essere censurata in termini di contrarietà alle *leges artis* la condotta di un medico che rinunci a praticare trattamenti potenzialmente in grado di prolungare la mera esistenza fisica del paziente, senza alcun riguardo alla qualità della vita che in tal modo gli verrebbe assicurata; ponendosi finalmente il problema del ruolo della volontà del paziente nella definizione della condotta «doverosa» secondo le *leges artis* (come è possibile che venga talvolta contestata una colpa in capo al medico che abbia ommesso di praticare al paziente il trattamento ritenuto più appropriato secondo la buona pratica clinica, allorché il paziente lo abbia *rifutato* accettandone invece uno in astratto meno appropriato, nell'esercizio della sua libertà di cura *ex art. 32 c. 2 Cost.*?). E la rassegna dei problemi aperti potrebbe continuare a lungo.

È in relazione a questi problemi che, a mio giudizio, occorrerebbe oggi invocare dalla giurisprudenza una maggiore attenzione al canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, sì da riservare l'arma della pena – con tutta la sua carica stigmatizzante – ai soli casi in cui emerga inequivoco un *grave* errore da parte del sanitario, non giustificabile in alcun modo in nome della discrezionalità tecnica che pure deve essere riconosciuta, in linea di principio, a ciascun medico.

Si renderebbe così, da parte di noi giuristi, un miglior servizio ai medici che hanno la sfortuna di incappare nel corso della loro vita in un procedimento penale, i quali verosimilmente si attendono e si augurano di essere assolti non già per la ragione – assai poco confortante dal punto di vista della propria coscienza professionale – che manca la piena prova circa l'efficacia impeditiva della terapia doverosa omissa, bensì perché più in radice è stata riconosciuta la *correttezza*, o comunque la *non censurabilità*, della loro condotta al metro delle *leges artis*.

INTERVENTO

di *Ombretta Di Giovine*

1. Le relazioni della mattina hanno messo bene in luce le peculiarità inerenti all'accertamento del nesso causale e della colpa nel settore dell'impresa ed in quello medico-sanitario.

In particolare, sappiamo ormai bene che il rapporto di causalità pone raramente difficoltà probatorie particolari nell'ambito dell'infortunistica lavorativa, dove si atteggia in forma *lineare*, ma che a conclusioni diverse si giunge in materia di responsabilità del sanitario e, soprattutto, di malattie professionali, che costituiscono il regno delle reti causali e dove, per di più, l'indagine finisce con l'essere spesso ostacolata dalla latenza della malattia (che rende difficile ricostruire il possibile intervento di «fattori causali alternativi»).

Ampiamente evidenziati sono poi gli ostacoli aggiuntivi che si frappongono le volte in cui, la maggioranza, si discuta di un'omessa diagnosi (o di altra condotta omissiva), poiché, in tal caso, sembrerebbe fallire il procedimento di accertamento che la sentenza Franzese del 2002 ha fondato sull'esclusione di fattori causali alternativi.

Assumendo come *test* l'ambito sanitario, qui opera *sempre*, quale fattore causale *alternativo* rispetto alla condotta del medico, il decorso patologico che conduce all'evento finale, sicché l'evitabilità di quest'ultimo, a rigore, non potrebbe mai essere verificata con l'auspicata certezza. Ciò vero, non meno scontato appare però il rimedio della giurisprudenza: anche senza appellarsi a quella parte della pronuncia Franzese che avalla livelli probatori assai meno significativi della *certezza logica* (alludo al richiamo ad una mera coerenza argomentativa, fondata sulla convergenza di indizi gravi, precisi e concordanti), è sufficiente caratterizzare l'evento/termine del giudizio in termini precisi dal punto di vista temporale, per inferire come, nella assoluta gran parte dei casi, l'omessa diagnosi abbia anticipato, o quanto meno non posticipato, la morte (se la malattia fosse stata diagnosticata, l'evento non si sarebbe verificato in quel momento, ma successivamente), senza che tale ragionamento sia arginabile fissando soddisfacenti criteri sintomatici in ordine alla «irrelevanza» della variazione temporale.

Anche per tal via, dunque, mi sembra possano essere ridimensionate le differenze che, secondo la dottrina maggioritaria, intercorrono tra causalità attiva e causalità omissiva sul piano dell'accertamento processuale.

Differenze che, a dire il vero, non mi paiono del tutto nitide neppure sul piano teorico, poiché lo schema della causalità – giudizio ipotetico della irrealtà – è il medesimo in quella attiva e in quella omissiva. Anche nell'ipotesi di causalità attiva, basta pertanto abbandonare l'alveo rassicurante degli esempi che ci tramanda la tradizione penalistica (fatta di spari, accoltellamenti ecc.) e pensare alla prescrizione di una terapia o di un medicinale in luogo di un altro, in situazioni in cui i pazienti presentino un quadro nosologico complesso, per riscontrare, nell'accertamento della causalità attiva, incertezze analoghe a quelle che puntellano l'accertamento della causalità omissiva: incertezze che mi sembrano in conclusione dipendere dalle caratteristiche di (crescente) complessità del contesto in cui la condotta si cala, piuttosto che dalla natura, attiva o omissiva, di quest'ultima.

Ad onta delle pur utili precisazioni della Corte di Cassazione a SS.UU., il rapporto di causalità si conferma dunque una categoria troppo rigida (se l'evento viene ricostruito in termini *molto concreti*, in materia di responsabilità medica, la *conditio* ci sarebbe sempre) o troppo flessibile (quando si assuma un evento un *po' meno* concreto): e comunque inidonea a costituire un serio sbarramento per l'affermazione della responsabilità in un settore così delicato, come quello sanitario, caratterizzato – lo vedremo – da equilibri delicatissimi.

2. Vengo qui al punto, aggiungendo che la persistente attenzione catalizzata da questa, affascinante, categoria del sistema penale rischia di mettere in ombra un altro elemento, la colpa, non meno centrale, ma su cui la giurisprudenza non pare aver conseguito quel grado di raffinatezza speculativa che segna invece le ricostruzioni in tema di rapporto di causalità e che sembra, anzi, manipolare con disinvoltura ancora maggiore (senza neppure avvertire su questo punto un particolare onere di motivazione).

Qui, il pericolo principale è che un uso retorico ed acritico della formula «violazione dello *standard* di cautela» (spesso immotivatamente assunta nelle sentenze a base della condanna) metta in ombra il più *classico* (e *pregnante*) giudizio sulla prevedibilità dell'evento *in concreto*.

Sarebbe una perdita, poiché soltanto questo elemento è in grado di veicolare il giudizio sulla *riconoscibilità del pericolo* (che la giurisprudenza trascura puntualmente) il quale, in quanto elemento *para-psicologico* della colpa e nonostante una contraria opinione dottrinale, mi sembra talvolta in grado di restituire un minimo di tassatività alla categoria e di decidere della sussistenza in concreto dell'elemento soggettivo. Se infatti, in tanti settori, la *riconoscibilità del pericolo* appare anche in linea teorica inimmaginabile per le caratteristiche della materia oggetto del giudizio (penso, ancora, al settore delle malattie professionali, dove tante volte la condotta

inottemperante dista dall'evento, oltre che sul piano *temporale*, altresì su quello *spaziale*), tale situazione di *impasse* è invece più rara in materia di responsabilità medica, dove il criterio si sposa bene, ad esempio, con le caratteristiche del giudizio diagnostico, difficilmente inquadrabile entro schemi predefiniti. In questo ambito, cioè, la deviazione dai protocolli (nel caso di colpa specifica) o (nel caso di colpa generica) dalle prassi consolidate, peraltro sovente di ardua identificazione, non sempre indizia in modo esaustivo la rimproverabilità della condotta, che sembra invece spesso meglio desumibile dalla mancata gestione di un rischio che si sviluppa ed evolve sotto gli occhi del sanitario.

Anche laddove poi il pericolo non sia riconoscibile a causa dell'interposizione di numerosi anelli di concatenazione causale o laddove comunque si preferisca accedere all'opzione di matrice dottrinale che esalta la natura normativa della colpa, la *prevedibilità* sembra avere ancora qualche carta da giocare, soprattutto quando si tratti di accertare la colpa generica: situazioni in cui, come noto, la regola cautelare è tante volte ricostruita *ex post* dalla giurisprudenza ed *ex post* desunta dalla sussistenza della causalità (con conseguente, lamentato, sconfinamento nelle lande della responsabilità oggettiva).

Valorizzando le conseguenze pratiche che discendono dalla (pure ormai ampiamente riconosciuta) natura *normativa* della colpa, basterebbe infatti considerare la prevedibilità non soltanto come *possibilità materiale* di prevedere l'evento concreto (possibilità che è sempre esigibile in concreto, in ragione della fantasia e, perché no, del grado di apprensione dell'agente), bensì anche come sua *doverosità*: una *doverosità* che esula nei casi «eccezionali», e cioè nelle ipotesi che non rientrino in una casistica medica significativa (oltre che in quelli attribuibili ad una condotta irregolare del paziente oppure di altro personale medico). Qui, dunque, la colpa dovrebbe essere coerentemente negata: a meno che, ovviamente la situazione anomala non fosse *prevedibile in concreto* al momento della condotta, in ragione delle conoscenze aggiuntive particolari di cui disponga il sanitario: situazione agevolmente inquadrabile all'interno della cosiddetta misura soggettiva e suscettibile di innalzare il richiesto *standard* di diligenza (la natura bifasica del giudizio, incidentalmente, potrebbe aiutare a contenere l'ambito debordante della responsabilità in *équipe* limitandola alle sole ipotesi in cui il sanitario avesse ragione di sospettare la deviazione del collega o di altro personale dai propri compiti).

Ai fini della definizione della *misura oggettiva* della colpa, utili spunti potrebbe ancora suggerire il paradigma nomologico (per il resto, storicamente superato), atto ad informare riguardo alla configurazione di una causalità *generale* ed alla significatività statistica degli eventi astratti, ferma restando l'esigenza di calare le conoscenze disponibili nel caso concreto.

Verso tale esito interpretativo converge, d'altronde, il tanto noto quanto discusso approccio medico che va sotto il nome di *evidence-ba-*

sed medicine (Ebm). Esso muove dal tramonto dei cosiddetti postulati di Henle–Koch, riconducibili al paradigma micro-biologico (fondato sulla presenza del vibrione nel corpo dell'infetto e quindi metodologicamente basato su analisi anatomo-patologiche); prende atto del carattere multifattoriale della gran parte delle malattie nonché dalla natura meramente probabilistica della spiegazione scientifica, e rinuncia quindi alla prova di una causalità deterministica, affidandosi tuttavia, in luogo, alla standardizzazione delle scelte e alla disponibilità, per così dire meramente *estriore*, di *prove di efficacia* desunte da esperimenti e *trials* clinici.

Ebbene, se tale approccio non rassicura il penalista quando deve decidere in materia di causalità (perché concettualmente assume come presupposto l'impossibilità di raggiungere un traguardo di certezza), esso potrebbe essere invece adeguatamente valorizzato nell'accertamento della colpa, dove richiama alla necessità che l'accertamento avvenga *ex ante*: ammonisce cioè che la violazione della cautela non può essere desunta dalla verifica dell'evento, e focalizza invece l'attenzione sulla ricostruzione del contenuto della prima a partire dalla consistenza statistica delle *evidenze* disponibili al momento della condotta.

3. Un rilievo finale. L'uso immotivato e retorico, in giurisprudenza, delle formule relative alla *violazione dello standard di cautela*, mettendo in ombra il ruolo che nel giudizio svolge l'evento concreto ed ampliando a dismisura l'area della responsabilità del sanitario, produce altresì un risultato perverso, sicuramente non voluto. Fa cioè sì che la prassi e dunque la regola cautelare si calibrino, già nel medio termine, non tanto sulla evitabilità del rischio «evento dannoso» (come dovrebbe essere, nell'interesse del paziente), quanto sull'evitabilità del (diverso) rischio «giudiziario», civile o penale, snaturandosi del tutto.

La conseguenza è ampiamente stigmatizzata e si trova al centro di un intenso dibattito in campo medico, dove si è assistito alla nascita di un orientamento, (da tempo) noto come *medicina difensiva*, che genera dalla medicina *preventiva* (da cui può essere distinto soltanto con difficoltà) ed i cui effetti negativi per i pazienti, nonché per la credibilità stessa dell'istituzione sanitaria, non meritano di essere in questa sede illustrati, in quanto sotto gli occhi di tutti.

Voglio però soffermarmi su un aspetto squisitamente *penalistico*. L'eccessivo rigore cui in alcuni momenti storici inclina la giurisprudenza (pure motivata dal nobile intento di assicurare alle vittime ed ai loro parenti almeno un ristoro patrimoniale) contribuisce ad aggravare la situazione di complessiva sofferenza, anche economica, in cui versa il settore pubblico Sanità. La proliferazione di controlli, spesso disposti al di fuori dei casi in cui appaiono opportuni alla luce di un preciso quadro diagnostico, rischia di distogliere energie umane e materiali dalla loro naturale destinazione, e cioè dalla soluzione di problemi di gravità maggiore.

Se poi si considera il carattere di urgenza proprio di molte complicanze ed in genere l'impossibilità di circoscrivere l'attività terapeutica in una programmazione dai confini scanditi con precisione temporale, si comprende come, in alcuni casi, l'osservanza dello *standard di cautela*, la cui violazione risulta pure innegabile, possa tuttavia rivelarsi inesigibile. La medicina difensiva produce cioè un *surplus* di regole oggettive (la cui natura cautelare è dubbia o mal interpretata), ma nel contempo – e per la stessa ragione – assottiglia l'esigibilità delle condotte ottemperanti, come nel caso in cui ritardi nella diagnosi siano dovuti all'indisponibilità delle apparecchiature oppure nell'ipotesi in cui errori materiali dipendano dalla stanchezza fisica causata dal mancato rispetto dei turni di lavoro, a sua volta indotto dall'indisponibilità di personale.

Lascio aperta la questione relativa alla collocazione dogmatica dell'esigibilità: se nella colpa oppure – come propendo – nella colpevolezza. E neppure arrischio considerazioni sull'esatta portata del fenomeno: non è d'altronde possibile conoscerla, se è vero, come è vero, che il profilo in esame è praticamente negletto dalla giurisprudenza, la quale assai di rado spende motivazioni sul punto.

Mi limito a concludere ribadendo che soltanto un più consapevole inquadramento teorico delle tante e diverse tematiche e, per converso, una più vicina comprensione delle problematiche sottese alle soluzioni giuridiche aiuterebbero a trovare un punto di equilibrio nel segno di quella che si sta rivelando una cooperazione sempre più indispensabile tra la classe dei medici e quella dei giuristi. E ringrazio, perché il Convegno di oggi si muove appunto in tale direzione.

INTERVENTO

di Francesco Mucciarelli

Mi sembra particolarmente significativo quanto ha rilevato il professor Bartoli, che segnala come la giurisprudenza tenda a mettere in secondo piano la tradizionale distinzione fra «causalità commissiva» e «causalità omissiva», cioè tra accertamento della causalità nei reati commissivi e nei reati commissivi mediante omissione. Una distinzione che ormai sfuma, per essere sostituita con quella fra accertamento della causalità reale e accertamento della causalità ipotetica.

Azzardo qualche notazione a margine, muovendo dalla ferma convinzione che l'accertamento causale (inteso come individuazione della serie causale che ha determinato un evento E accaduto in un «qui» e in un «ora») è sul piano metodologico un tipo di attività interamente consegnata allo statuto della scienza. L'evento E, convenzionalmente assunto come oggetto di cui fornire la spiegazione eziologica, è un fatto della realtà fenomenica, precedente le categorie del diritto penale, sicché l'individuazione delle condizioni contingentemente necessarie al suo verificarsi non può che essere affidata alle categorie della scienza o delle scienze del 'settore' cui quell'evento «appartiene». Assumo quindi che la spiegazione causale di un evento *hic et nunc* verificatosi non possa che procedere secondo lo statuto delle leggi scientifiche, da Galileo in poi canone non flessibile per l'interpretazione delle 'cose' della natura.

Proseguendo attraverso semplificazioni, delle quali mi scuso, non credo sia azzardato fissare l'assioma che se un evento E si è verificato nella realtà fenomenica, vi è necessariamente una e una sola serie di antecedenti¹ che ha prodotto l'evento E. Pizzi (il logico) e Maiwald (il giuri-

¹ A ben vedere designiamo «antecedenti» altri eventi soltanto perché si tratta di fatti della realtà fenomenica (al pari dell'evento E) che però si sono verificati prima dell'evento E: in altri termini «antecedenti» ed «evento» sono tutti egualmente fatti della realtà fenomenica, mentre la diversa connotazione linguistica allude al diverso punto di vista dal quale ci poniamo. Sicché chiamiamo «evento» quel fatto della realtà fenomenica che, in un particolare contesto, interessa spiegare causalmente, mentre attribuiamo il nome di «antecedenti» all'«infinito» numero di fatti della realtà fenomenica che cronologica-

sta) ritengono che da un evento siamo sempre in grado di risalire alla causa²: questa congettura (che ho molto semplificato) può essere elevata a ipotesi di lavoro con una variante. Da un evento è sempre possibile risalire alla causa, mentre non è sempre possibile affermare che tale causa possa essere individuata. Preciso il senso della variante: nella situazione data, potrebbe accadere che, o per difetto di elementi concreti sui quali compiere l'accertamento o per mancanza di leggi scientifiche esplicative (in quanto non ancora disponibili), non sia possibile procedere alla selezione, fra gli antecedenti che hanno preceduto l'evento, di quelli da designare come causalmente rilevanti secondo una o più leggi scientifiche di copertura.

Mi occorre un'ulteriore precisazione preliminare, forse un chiarimento linguistico, rammentando che Wittgenstein avvertiva che gran parte dei problemi filosofici sono problemi linguistici mal posti. Il termine «causa» con tutta la sua forza evocativa merita d'essere connotato in maniera tendenzialmente precisa rispetto al contesto nel quale viene usato: nell'ambito dell'accertamento di ciò che sul versante oggettivo (scientifico, pre-categoriale rispetto alle categorie proprie del diritto penale) è chiamato causa, non credo infondato ritenere che esso designi la serie di antecedenti dell'evento E che, secondo una o più leggi scientifiche, viene selezionata tra l'«infinito» numero di antecedenti che precede cronologicamente l'evento, serie della quale si può predicare – proprio secondo lo statuto della scienza – la qualità d'essere «causalmente efficiente» rispetto all'evento E.

Se quest'ultima notazione è corretta, possiamo allora convenire con Pizzi e Maiwald nella parte in cui essi assumono che dato un evento E, vi è sempre una causa che lo ha prodotto, fermo restando che (a) la causa è costituita da una serie di antecedenti (fattori causali), che convenzionalmente possiamo chiamare unitariamente causa dell'evento; (b) non è sempre necessariamente vero che sia possibile rilevare detta serie di antecedenti (e dunque la «causa»), pacifico essendo che tale serie è comunque esistita in *rerum natura*.

Il punto di vista (forse, a voler esser precisi, l'esigenza funzionale) del penalista implica che a venire in primo piano sia la condotta umana: più propriamente se nel novero degli antecedenti che compongono la serie causale che ha prodotto l'evento E vi sia una condotta umana (che diverrà penalmente significativa in quanto antigiuridica e colpevole). Non

mente precedono l'evento, essendo il dato della collocazione temporale rispetto al fatto della realtà fenomenica da spiegare causalmente il primo necessario, ma non sufficiente, criterio selettivo per giungere alla individuazione della serie causale che ha effettivamente determinato l'evento accaduto in un «qui» e in un «ora».

² L'affermazione vale sul piano ontologico («c'è pur sempre una causa»), ma non su quello epistemico («siamo sempre in grado di conoscere la causa»).

deve sfuggire che, riguardata sul versante pre-categoriale, la condotta umana in sé considerata in nulla differisce da qualunque altro fatto della realtà fenomenica, collocato secondo leggi scientifiche nella serie produttiva dell'evento E.

La circostanza che ragioni «categoriali» proprie del diritto penale tengano al centro dell'attenzione la condotta umana, non modifica dunque il paradigma della spiegazione causale: individuazione della serie di antecedenti che ha cagionato l'evento E. Sicché si può non avventatamente dire, seguendo l'insegnamento di un grande empirista inglese della fine dell'800 (Sherlock Holmes), che si giunge alla individuazione della serie causale dell'evento E secondo una abduzione selettiva³.

In quanto la condotta umana consista in un fatto della realtà fenomenica, l'accertamento casuale ha senz'altro la forma di un ragionamento 'diagnostico', come ha esattamente notato il consigliere Blaiotta, e si risolve in un giudizio esplicativo di una realtà fenomenica data. In questo senso mi pare non inappropriato parlare di «causalità reale», come avvertiva il professor Bartoli. Prima di procedere oltre, mi preme notare che, al di là di ogni neopositivistica illusione, neppure in questo contesto può correttamente dirsi che il grado di certezza dell'accertamento possa attingere il cosiddetto 100%: a tacer di ogni considerazione in ordine alla inesistenza di leggi scientifiche a contenuto universale, valide cioè sempre e comunque⁴, basti qui far cenno al problema – già prima rammentato – della individuazione 'completa' degli antecedenti fra i quali selezionare quelli 'causalmente rilevanti'. A ben vedere, pur di fronte alla causalità reale, l'esito dell'anche più accurato degli accertamenti vale come convenzionalmente «vero» (cioè allo stato delle conoscenze): ciò è comunque un ottimo risultato, considerando soprattutto che i fatti di cui si occupa il penalista stanno tutti nel mondo delle scienze della natura, governati da leggi di matrice newtoniana⁵.

Accade però che il punto di vista del penalista sia interessato da qualcosa che non c'è nella realtà fenomenica: l'omissione. L'ossimoro «condotta omissiva» è un breviliquio espressivo di contenuti esclusivamente normativi (che divengono normativo-giuridici quando tale formula ven-

³ Approfondirono l'impostazione holmesiana del ragionamento abduttivo Peirce e, in epoca più recente, Popper.

⁴ Il canone della falsificabilità della legge scientifica come criterio di selezione epistemologica preclude in radice la possibilità di attribuire ad una legge scientifica lo statuto di universalità in senso classico. Precisando: una legge universale, intesa come una legge dimostrata una volta per tutte e non più suscettibile di falsificazione, non è più congetturabile. Al più si potrebbe parlare di leggi provvisoriamente universali, valide cioè sino a quando non falsificate.

⁵ I problemi collegati al principio d'indeterminatezza, talvolta evocati in modo non del tutto appropriato in tema di causalità, riguardano ben precisi ambiti della fisica, ai quali è del tutto estraneo quello di cui si occupa il penalista.

ga impiegata nel discorso penalistico). Omettere significa «non agire» e quindi il termine esprime una radicale mancanza, un non-esserci non ulteriormente connotato: la rilevanza (penale) di questo non-agire dipende però non dalla semplice inesistenza, bensì dal non aver fatto qualche cosa, cioè dal non aver posto in essere una determinata condotta. La connotazione di questo deficit di condotta, che è insieme il modo attraverso il quale la condotta omessa può essere descritta e tipizzata, è l'esigenza primaria posta – in tema di reati commissivi mediante omissione – dalla regola dell'art. 40 cpv c.p.

Una delle differenze tra reati omissivi propri e reati omissivi impropri può essere colta nella circostanza che nei primi la condotta richiesta è tipicamente descritta nella norma incriminatrice, mentre nei secondi il comportamento atteso deve necessariamente essere ricostruito dall'interprete a partire da regole ulteriori e diverse rispetto alla norma incriminatrice, quelle stesse regole che fondano l'obbligo giuridico di cui discorre l'art. 40 cpv c.p.

Sebbene la determinazione di quella che avrebbe dovuto essere la condotta richiesta involga problemi di straordinaria delicatezza, rispetto al discorso che si vien facendo preme evidenziare che, per rispondere alla domanda contenuta nell'art. 40 cpv c.p., occorre dapprima individuare la condotta che l'agente avrebbe dovuto realizzare nel contesto: detto nei termini del linguaggio della causalità reale, è necessario definire in via astratta un antecedente che potremmo convenzionalmente definire «virtuale» destinato a rappresentare il riverbero «concreto» del comportamento richiesto. Implicata dalla regola dell'art. 40 cpv c.p., che appunto esige che la condotta sia l'adempimento di un obbligo giuridico, tale descrizione non potrà che essere effettuata se non partendo da un modello di riferimento normativo, che in qualche misura conduce sulle piste della colpa, che nel nostro ordinamento designa una forma di giudizio normativo di natura relativa, nel quale uno dei termini è rappresentato dal comportamento atteso dall'agente-modello determinato sulla base delle regole cautelari giuridicamente applicabili nel caso.

Una volta perfezionata questa descrizione, alla quale non è affatto estranea la considerazione dell'evento E⁶, si può tornare al problema della causalità, dovendo verificare la valenza impeditiva della condotta omessa (cioè dell'antecedente virtuale che non soltanto la rappresenta, ma che costituisce anche un 'oggetto' omogeneo con gli antecedenti re-

⁶ L'identificazione delle regole cautelari è infatti condizionata dal tipo di evento verificatosi, posto che rispetto a quell'evento storicamente dato occorre selezionare le regole cautelari applicabili: esemplificando, se l'evento è descritto in termini 'morte per mesotelioma pleurico da esposizione ad amianto', la regola cautelare suona a un dipresso come 'non impiego della sostanza'; se l'evento è invece 'morte per asbestosi', la regola cautelare è 'osservanza di certi limiti di esposizione'.

ali che compongono la serie causale effettivamente causativa dell'evento E). Collocando infatti l'antecedente virtuale nella serie causale si ottiene una 'nuova' serie di antecedenti (composta da tutti quelli reali che hanno prodotto l'evento cui si aggiunge quello virtuale, rappresentativo della condotta antidoverosa omessa): la valutazione causale, da condurre necessariamente secondo il paradigma della scienza, consisterà nell'apprezzare se la 'nuova' serie di antecedenti avrebbe egualmente cagionato l'evento, oppure se, proprio per l'inserzione dell'antecedente virtuale, l'evento E non si sarebbe verificato. Schematizzando: posta la serie causale C (*dove C è la serie che è stata identificata come quella che ha realmente prodotto l'evento*), se ci fosse stato l'antecedente X (*dove X è la descrizione di quella che nel concreto sarebbe stata la realizzazione della condotta normativamente richiesta*), l'evento E non sarebbe accaduto?

Come ognuno vede, la schematizzazione rende evidente la notazione dalla quale sono partite queste modeste glosse a margine: esattamente il professor Bartoli rilevava il contrapporsi fra causalità reale (quando la condotta dell'agente si è effettivamente realizzata come antecedente reale, come fatto della realtà fenomenica) e causalità ipotetica (quando la condotta dell'agente non esiste in rerum natura, ma si traduce in un antecedente virtuale, ricostruito sulla base delle regole cautelari alle quali l'agente avrebbe dovuto conformarsi). E ugualmente corretta appare la notazione del consigliere Blaiotta, che parla per questo caso di giudizio prognostico. A ben vedere infatti lo schema di ragionamento implicato dagli accertamenti casuali richiesti dall'art. 40 cpv c.p. non ha la natura esplicativa di quelli propri della causalità reale, ma assume la forma di un giudizio predittivo («cosa sarebbe accaduto se...»).

La natura prognostico-predittiva del giudizio in tema di casualità ipotetica ne conferma il carattere controfattuale (non diverso da quello in tema di causalità reale quando a quest'ultimo si applichi la clausola della *conditio sine qua non*), ma non ne autorizza l'esportazione al di fuori dei territori governati dallo statuto della scientificità. Saranno ancora le leggi scientifiche applicabili a fornire la risposta affidabile alla domanda se quella 'nuova' serie causale (formata secondo lo schema prima sintetizzato: serie C + antecedente X) avrebbe ugualmente prodotto l'evento E.

Riguardato da questo angolo prospettico, l'accertamento della causalità ipotetica non differisce strutturalmente da quello della causalità reale, poiché in entrambi i casi secondo leggi scientifiche viene apprezzata una serie di antecedenti della quale occorre valutare la valenza eziologica (nell'un caso 'produttiva', nell'altro 'impeditiva' dell'evento).

E a questo punto scolora forse il problema di decidere a quale grado di probabilità debba essere fatto riferimento per ammettere la rilevanza causale impeditiva della condotta omessa, ovvero se a tale canone debba essere sostituito quello della cosiddetta evidenza disponibile coniugato con il criterio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio».

Potrà piuttosto essere accolta come corretta fra le spiegazioni possibili quella dotata del maggior grado di falsificabilità e che, avendo resistito di più ai tentativi di falsificazione senza essere stata falsificata, è, dunque, quella che, allo stato delle conoscenze, può convenzionalmente essere assunta come ‘vera’⁷.

⁷ A conferma del fondamentale contributo del pensiero holmesiano, si ricordi l’affermazione secondo cui ‘eliminato tutto quanto è impossibile, quello che rimane, per quanto improbabile, è la verità’.

INTERVENTO

di Laura Riccio

Alcune osservazioni sul cosiddetto secondo livello di responsabilità, così come individuato dalla giurisprudenza e puntualmente ricostruito nella relazione del prof. Pisa e del dott. Longo.

Il secondo livello è quello dei vertici amministrativi della struttura sanitaria, i quali rispondono qualora un difetto di idoneità o di organizzazione della struttura sanitaria sia causa di un esito infausto del trattamento medico.

E se la percentuale dovuta a tale carenza è del 33% sul totale degli esiti infausti, a maggior ragione occorre delineare ulteriormente le singole posizioni del medico e dei vertici nelle differenti ipotesi.

La necessaria premessa è che quella di cosiddetto secondo livello sembra essere una responsabilità «ulteriore» rispetto a quella del sanitario.

La responsabilità del medico non è generalmente esclusa, poiché egli ha una posizione di protezione della salute del paziente e una posizione di controllo in ordine alla funzionalità ed efficienza degli impianti: ogni medico è ritenuto dalla giurisprudenza titolare di una posizione di controllo sulla efficienza e sicurezza delle attrezzature. La giurisprudenza ritiene infatti che questi abbia un obbligo di verifica sulla idoneità delle attrezzature, seppur presuma che altri se ne faccia materialmente carico: ad esempio il controllo di un campo sterile. La presenza di un numero sufficiente di sacche ematiche di scorta in caso di intervento chirurgico, oggetto per altro di giurisprudenza, sembra configurare un'ipotesi differente. In quest'ultimo caso il controllo è proprio un dovere del medico che rientra nelle sue specifiche competenze: qualora un paziente debba essere sottoposto ad un intervento, egli, dopo aver verificato il gruppo sanguigno ed aver effettuato altri esami, deve richiedere le sacche in quantità adeguata. Tale prestazione, più che di controllo, sembra che rientri tra gli atti medici veri e propri, mentre quale attività di controllo deve essere considerata la verifica dell'adeguata preparazione delle sacche ematiche in termini di screening infettivologici, conservazione ecc. anche se in realtà, ovvero in caso di errore od omissione, il medico – usando un'espressione comune – non ne risponderebbe «in prima persona».

Ulteriore espressione che ormai è entrata nel linguaggio comune è quella di «frammentazione» delle responsabilità, adoprata in senso negativo per indicare quelle ipotesi nelle quali non si giunge alla individuazione degli organi decisionali responsabili in merito a strategie/scelte che sono state causa di eventi dannosi per i singoli o addirittura per la collettività: si pensi alla sicurezza degli impianti oppure della circolazione ferroviaria.

E anche nel settore medico-sanitario è innegabile il rischio di giungere ad una tale «frammentazione» delle responsabilità.

Il *primario* sembra porsi al vertice della posizione di controllo sull'adeguatezza della struttura, della cui idoneità egli è garante.

Rispetto a queste due affermazioni/postulati tre domande.

Se sia graduabile e in quale modo la posizione di garanzia del *primario*, dal momento che ci si riferisce ad un obbligo particolarmente forte ed intenso.

Ovvero, in quali circostanze si affievolisce l'obbligo ovvero quando può dirsi che il *primario* abbia adempiuto.

Ad esempio è d'obbligo domandarsi se la *dichiarazione oppositiva* o di dissenso del *primario* rispetto ad una scelta dei vertici amministrativi di *riduzione delle unità* di personale nei turni lo esoneri dalla responsabilità nell'ipotesi in cui un ritardato intervento sul paziente sia stato causa della morte o delle lesioni di quest'ultimo.

La seconda: se ed in quale misura in tali ipotesi si possa configurare una corresponsabilità del direttore sanitario.

La figura giuridica del *Direttore Sanitario* è quella di responsabile del regolare espletamento dell'attività sanitaria all'interno della struttura, nel completo rispetto delle norme di legge. Egli è tenuto a rispondere personalmente dell'organizzazione tecnica e funzionale dei servizi e del possesso dei prescritti titoli professionali da parte del personale che ivi opera, atteso che grava sul medesimo un onere di sorveglianza e governo della struttura.

Con riferimento alla responsabilità professionale, la giurisprudenza ha affermato che al Direttore Sanitario:

[...] competono, per evitare un suo possibile coinvolgimento in un'attività omissiva del sanitario collaboratore: *a)* il potere-dovere di fornire preventivamente le informazioni di carattere programmatico per un efficiente svolgimento dell'attività sanitaria, e, quindi, l'esercizio di direttive tecnico-organizzative; *b)* il potere di delega in favore dei sanitari collaboratori per quei casi sicuramente risolvibili in base all'espletamento dei poteri organizzativi di carattere generale; *c)* il potere-dovere di verifica, vigilanza ed eventuale avocazione in situazioni che assumono particolare importanza, o perché trattasi di patologie non frequenti e che richiedono una particolare conoscenza della professione medica, o perché vi è grave pericolo per la salute del paziente» (Cass. pen., 23.12.2005, n. 47145).

Di conseguenza il Direttore Sanitario, in forza dell'onere di sorveglianza e governo della struttura gravante su di lui, può essere chiamato a rispondere dell'attività svolta dai medici operanti nella struttura.

Questi inoltre ha una sorta di ulteriore ruolo di «garante» per alcune tipologie di strutture – come ad esempio le unità abilitate ad effettuare trapianti di organi – o di interventi: come ad esempio l'interruzione di gravidanza dopo i novanta giorni.

Proprio da responsabilità di posizione quella del direttore sanitario potrebbe e dovrebbe in ogni evenienza diventare responsabilità «operativa», ed avere per oggetto le eventuali carenze o disfunzioni dell'organizzazione e dell'idoneità di tutte le strutture dipendenti.

Ancora, a proposito della responsabilità del medico, occorre domandarsi se questa sia condivisa ed in quale modo.

Ad esempio se rispondano tutti gli anestesisti del reparto del cattivo funzionamento di un impianto che ha causato la lesione o la morte del paziente oppure ne risponda soltanto colui che trovandosi nella situazione contingente di dovervi far ricorso, non l'abbia potuto usare in quanto inefficiente: si pensi ad uno strumento di intubazione.

La giurisprudenza attribuisce ad ogni singolo professionista l'obbligo di controllo delle apparecchiature, controllo che deve essere effettuato prima dell'intervento, ma non specifica se riguardi sia quelli di routine che di emergenza.

Qualora ci si riferisca all'agente modello quale parametro di comportamento, occorre tener distinta l'ipotesi in cui l'intervento sia programmato da quella viceversa in cui il medico debba intervenire d'urgenza.

Soltanto nel primo caso il medico deve e può svolgere un controllo a tutto campo delle attrezzature, mentre in caso di emergenza il tempo necessario per i controlli riduce la tempestività dell'agire.

Si potrebbe anche sostenere all'opposto che proprio la straordinarietà della situazione impone un controllo capillare delle attrezzature sia ordinarie che straordinarie.

Nell'ipotesi dell'omesso controllo delle apparecchiature la responsabilità di secondo livello – quella dei vertici – in via eventuale risiede nella programmazione generale dei ricoveri e degli interventi, che le singole divisioni devono poi rendere operativa.

Nella logica della «virtuosità» di un'azienda ospedaliera hanno particolare rilievo due dati. Quello relativo al numero dei ricoveri eseguiti e quello relativo al numero di interventi chirurgici per cosiddetto blocco operatorio, tutto ciò in una prospettiva di efficienza/produttività, ma anche di risparmio.

Il calendario viene effettivamente gestito dalle singole unità, ovvero dai primari delle divisioni chirurgiche, i quali decidono il numero e l'ordine degli interventi per ciascuna sala operatoria. Di conseguenza vengono quanto meno sia pur approssimativamente considerati i tempi necessari per il controllo delle attrezzature.

Ci si deve domandare se sia ipotizzabile una responsabilità penale del II livello qualora il medico *ometta il controllo delle attrezzature* – causa dell'esito infausto – adducendo quale giustificazione il dover rispettare i tempi previsti per gli interventi, stabiliti dai vertici della struttura. Fermo restando che l'obbligo del medico di tutela della salute del paziente sovrasta qualsiasi altro dovere professionale, occorre verificare la consapevolezza dei vertici stessi delle omissioni dei controlli, nonché la previsione – se non addirittura l'accettazione del rischio – che da tali omissioni possano derivare eventi negativi. Un aspetto ulteriore e collegato è quello della *manutenzione* degli apparecchi in dotazione, affidata a chi ha fornito le apparecchiature stesse o a soggetti (ditte) esterni.

Nella stessa logica del risparmio sono le direttive/protocolli dei vertici che prevedono tempi molto stretti tra il ricovero del paziente, l'intervento chirurgico o terapeutico, le dimissioni.

Può verificarsi in concreto l'ipotesi che dalle *dimissioni anticipate o precoci* del paziente rispetto alla completa guarigione derivino esiti infausti, quali un'emorragia o un'infezione senza che siano intervenuti fattori patogeni «eccezionali» ovvero non prevedibili.

Sembra potersi ritenere che la responsabilità non possa essere attribuita soltanto al medico che nel caso concreto abbia firmato la dimissione del paziente, ma vada ricondotta anche a chi ha stabilito delle prassi che comportano inevitabilmente dei rischi per la salute.

Seppur si possa ritenere che il perseguire degli obiettivi di contenimento della spesa sanitaria non equivalga a logiche di profitto, il risparmio sui costi della degenza non può essere effettuato a scapito o a rischio della salute.

Le scelte in campo sanitario altro non sono che scelte di politica sociale – le più rilevanti tra l'altro – che a livello nazionale come a livello locale devono essere rivolte al cosiddetto welfare collettivo.

IIª GIORNATA
LA RESPONSABILITÀ NELLE ATTIVITÀ D'IMPRESA

8 maggio 2009

SESSIONE ANTIMERIDIANA
Presidenza di Ferrando Mantovani

Relazioni delle Unità di ricerca

INTRODUZIONE ALLA SESSIONE ANTIMERIDIANA

di Ferrando Mantovani

Il tema di oggi riguarda la responsabilità nelle attività d'impresa, secondo, in particolare, il diritto vivente giurisprudenziale. È un tema, questo, che mette alla prova la stessa tenuta del sistema di principi di un diritto penale di civiltà, per tutta una serie di problematiche, come vedremo, prima delle quali certamente è la conciliazione tra l'inderogabile principio della responsabilità penale personale e quel processo di sempre più accentuata spersonalizzazione dell'attività imprenditoriale, sia esercitata in forma societaria o comunque per le dimensioni dell'impresa, che richiede pressoché sempre, la delega di funzioni. C'è un secondo fondamentale problema, di evitare sia la concentrazione verso l'alto della responsabilità, anche quando vi è stata una corretta delega di funzioni, sia anche l'arbitraria concentrazione della responsabilità verso il basso, scaricandosi attraverso la delega sul delegato le responsabilità superiori, addirittura per la politica di impresa. Ma poi c'è ancora un terzo problema: il problema è di evitare i rischi di responsabilità oggettive o addirittura per fatto altrui, occulte, che si annidavano nelle vecchie teorie formalistiche, che individuavano il responsabile per il sol fatto della qualifica di datore di lavoro o di imprenditore, oppure della qualifica di rappresentante legale, di essere amministratore. Poi c'è il problema, posto anche dalle teorie sostanzialistiche-funzionalistiche della delega di funzioni, di stabilire quando questa delega di funzioni sia effettiva secondo i requisiti via via elaborati dalla dottrina, salvo vedere poi quale portata liberatoria tale delega abbia: se abbia una portata assoluta, con il rischio però di scaricare la responsabilità verso il basso, oppure una efficacia liberatoria relativa, che viene meno quando il soggetto delegante ha la conoscenza o la conoscibilità delle violazioni da parte del delegato o quando tale soggetto viene meno ai doveri di controllo, o addirittura quando si tratti di responsabilità di impresa. E poi, c'è un ulteriore problema fra i tanti, che è quello dello schema di riferimento della responsabilità colposa, perché qua siamo in presenza, evidentemente, di una colpa che non può essere una colpa comune, che riguarda le attività rischiose, non giuridicamente autorizzate perché socialmente non utili. Pertanto

lo schema colposo di riferimento non può essere, che quello della colpa speciale, cioè quella colpa che riguarda le attività giuridicamente autorizzate perché socialmente utili. Questo modello di colpa speciale, che io chiamo tale, per quanto riguarda l'attività medica è stato accolto da tutta una serie di sentenze della Corte di cassazione. Vediamo se questo modello sia stato accolto anche per quanto riguarda l'attività di impresa. Come Presidente sento il dovere di togliermi la parola, per concederla subito ai relatori, essendo noi tutti particolarmente interessati a sentire quali sono le soluzioni date a questa serie di problemi, in particolare dalla giurisprudenza. Con preghiera, ai relatori, di tenere le loro relazioni nel tempo di circa 25-30 minuti. Ed ora diamo la parola al professore Davide Petrini, dell'Università di Piemonte Orientale, che tratterà i rischi di responsabilità oggettiva nell'accertamento della colpa del datore di lavoro e dei dirigenti e cioè esaminerà, credo, il problema dei rischi della concentrazione della responsabilità verso l'alto e quindi delle possibili ipotesi di responsabilità occulta, oggettiva o addirittura per fatto altrui. Prego professore.

RISCHI DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA NELL'ACCERTAMENTO DELLA COLPA DEL DATORE DI LAVORO

di Davide Petrini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Norme cautelari rigide e norme cautelari «elastiche». – 3. L'accertamento della riconoscibilità del pericolo nell'imputazione a titolo di colpa generica, o di colpa specifica in presenza di norme preventive solo apparentemente positivizzate. – 4. Concretizzazione del rischio e appartenenza dell'evento, verificatosi in concreto, al novero dei fatti che la norma cautelare mira a prevenire. – 5. Il parametro alla stregua del quale valutare la riconoscibilità del pericolo: miglior tecnica o prassi diffuse e conoscenze scientifiche generalizzate? – 6. La prevedibilità dell'evento nei rapporti tra committente ed impresa appaltatrice. – 7. Condotta omissiva del responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed evitabilità dell'evento. – 8. La correlazione tra accusa e condanna nelle ipotesi di mutamento del titolo di imputazione soggettiva (tra colpa generica e colpa specifica).

1. Premessa

In materia di tutela penale del lavoro, i tre temi della ricerca (concorso di persone nel reato, rapporto di causalità e colpa) hanno trovato particolare attenzione, da parte della giurisprudenza di legittimità, tanto che non è azzardato sostenere che proprio in tale settore (così come avviene rispetto alla colpa medica) è possibile tentare di ricostruire una sorta di «laboratorio» all'interno del quale scomporre e ricomporre le diverse logiche sottese alle decisioni della Corte di cassazione, al fine di individuare le regole di giudizio più frequenti e significative.

Peraltro, all'esito dell'analisi delle pronunce degli ultimi anni, con particolare riferimento al periodo 2004-2009, l'impressione è che l'ambito più significativo sul quale incentrare questa relazione, e la conseguente discussione tra i partecipanti al Convegno, sia costituito dal tema della colpa.

A rendere meno urgente una riflessione sul rapporto causale non è tanto un (presunto) carattere ultimativo della sentenza Franzese. Certo, oggi, a seguito di quella fondamentale pronuncia, può dirsi superata l'idea che sia sufficiente l'aumento del rischio per provare la derivazione causale dell'evento dalla condotta omissiva del datore di lavoro, ma

soprattutto è stata rintuzzata definitivamente la concezione che identificava la certezza processuale con una percentuale statistico-probabilistica prossima a cento.

Peraltro, i problemi in tema di causalità che la Suprema corte si trova a dover affrontare trovano soluzione, verosimilmente, più sul piano fattuale – cioè della verifica dell'adeguatezza della motivazione, nel merito, in ordine alle risultanze peritali – che su quello della individuazione delle regole da applicare. Queste ultime, infatti, paiono piuttosto chiare e condivise.

Anche in materia di concorso di persone del reato, il ruolo della Corte di Cassazione è, forse, meno rilevante: in un sistema che sempre più tende a definire e normare (si pensi, con riferimento al recente d.lgs. 81/2008, all'attuale triplice livello di responsabilità penale per i dirigenti: *jure proprio*, in concorso con il datore di lavoro; a seguito di delega di funzioni; in virtù del principio di effettività di cui all'art. 299 d.lgs. 81/2008) finisce per ridursi il ruolo della giurisprudenza nell'individuazione dei criteri alla stregua dei quali estendere la responsabilità penale (omissiva impropria) a soggetti non gravati da specifiche posizioni di garanzia.

La stessa normativizzazione della delega di funzioni operata dal d.lgs. 81/2008, pur debitrice, in relevantissima parte, alla stratificazione degli orientamenti della Corte di Cassazione, di fatto rende attualmente meno rilevante il peso dell'interpretazione giurisprudenziale.

Al contrario, la materia della colpa, dei rapporti tra colpa generica e specifica, e soprattutto dei criteri di accertamento della colpa specifica nelle ipotesi di regole cautelari cosiddette «elastiche», o solo apparentemente positivizzate, costituisce un terreno di discussione aperto ed irrisolto, come dimostra la vivace riflessione in corso nella nostra dottrina, con particolare riferimento agli orientamenti seguiti dalla IV sezione penale della Corte.

Ora, com'è evidente, un ruolo decisivo nel porre al centro del dibattito queste problematiche è stato giocato dalle non poche pronunce in tema di morte dei lavoratori per mesotelioma della pleura, nonché delle decisioni relative alla vicenda di Porto Marghera.

In ogni caso, al di là di queste «emergenze» processuali, le diverse problematiche vanno affrontate e discusse in termini generali, secondo quello che è stato il filo conduttore della ricerca: quali sono le regole giurisprudenziali in materia di controllo del rischio? Quale peso hanno? Come individuano (prima) e risolvono (poi) le ipotesi di superamento del rischio consentito?

Soprattutto: dove si annidano i pericoli maggiori che, dietro corrette e condivisibili formule di stile, si vada a mascherare una sostanziale accettazione del *versari in re illicita*?

Sono molteplici le ragioni che rendono particolarmente pressante questa indagine, proprio con riferimento alla protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori, come si accennava poc'anzi.

In primo luogo – anche se tale elemento non dovrebbe mai influenzare il giudice penale – non si può certo negare che la tutela penale del lavoro sia oggi al centro dell'attenzione, sia della politica che dell'opinione pubblica, come forse mai nel passato. Che poi tale centralità manifesti un interesse autentico, o debba essere più realisticamente letta come l'ennesima manifestazione della esasperata simbolicità assunta del diritto penale nel nostro Paese, è altra questione, che non può che sollevare forti perplessità in ordine alla reale ricaduta del dibattito in corso sui livelli di tutela effettiva degli interessi in gioco.

In secondo luogo, va adeguatamente presa in considerazione proprio l'estrema rilevanza di tali interessi, e soprattutto la conseguente difficoltà di individuare un equilibrato e condiviso punto di bilanciamento tra loro. Al riguardo, basti considerare che in nessun altro ambito si pone, con tanta drammaticità, la questione del dovere di astensione, con la conseguente necessità di individuare i criteri che impongono al datore di lavoro di rinunciare all'uso di una sostanza o ad una tecnica di produzione: è sufficiente il dubbio sulla pericolosità per la salute dei lavoratori, oppure occorre un grado maggiore di possibilità o addirittura di probabilità?

È ovvio che, a seconda della risposta, si spostano (e rischiano di divenire incerti) i confini tra obblighi preventivi e doveri precauzionali, con ricadute, anche in questo caso estremamente significative, in materia di accertamento dell'elemento oggettivo e soggettivo della colpa, come insegna la già citata vicenda, per molti versi paradigmatica, del Petrochimico di Porto Marghera.

Ma soprattutto – ed è certo questo l'aspetto più rilevante ai fini della nostra ricerca – il rapporto tra colpa generica e colpa specifica si pone, in tale ambito, con modalità del tutto particolari.

Com'è noto, infatti, il modello di tutela prescelto dal legislatore negli anni '50 era prevalentemente finalizzato ad individuare regole oggettive, precise, cristallizzate, che imponevano (ed in parte ancora impongono) al datore di lavoro una serie di obblighi cui attenersi, in ogni ambito produttivo e rispetto ad ogni singolo fattore di rischio.

Si trattava di un sistema mosso, forse, dall'ingenua pretesa di eliminare i fattori di pericolo, ma che, soprattutto, scontava il rischio di non riuscire a stare al passo con le nuove acquisizioni scientifiche, foriere di sistemi di protezione e di modelli organizzativi più sicuri ed efficaci.

Soprattutto, la passività del ruolo attribuito al datore di lavoro – destinatario di regole cautelari tendenzialmente rigide – rischiava di rendere poco efficace la tutela.

In tale contesto, un primo elemento di problematicità è rappresentato dall'art. 2087 c.c. Questa norma cautelare, con il suo contenuto dichiaratamente 'elastico', ha certamente svolto un ruolo decisivo, nella prospettiva di imporre al datore di lavoro il recepimento delle nuove conoscenze che, grazie alla scienza e alla tecnica, dovevano consentire

di aggiornare gli standard di sicurezza consolidati in materia preventiva, superando per tale via, almeno in parte, i difetti di un sistema troppo rigido, quasi imbalsamato.

Peraltro, la presenza molto frequente, nei capi di imputazione per malattia professionale o infortunio sul lavoro, di contestazioni fondate sull'art. 2087 c.c. ha certamente contribuito a rendere problematici i rapporti tra colpa generica e colpa specifica, dal momento che, com'è ormai sostanzialmente acquisito in dottrina, quando la norma cautelare, solo apparentemente positivizzata, assume un contenuto elastico, che non consente di individuare con tassatività la condotta imposta al soggetto agente, l'accertamento della responsabilità colposa, sia sul piano oggettivo che, a maggior ragione, soggettivo, deve conformarsi al modello della colpa generica, pena il rischio di imputazioni e condanne solo apparentemente rispettose dei canoni del principio di colpevolezza, ma di fatto basate sul *versari in re illicita* (se non addirittura, secondo alcuni, su una vera e propria responsabilità di posizione).

All'interno di questo quadro, già di per sé piuttosto problematico, è agevole comprendere quale enorme impatto abbia avuto l'introduzione dei decreti legislativi che hanno recepito, nel nostro ordinamento giuridico (anche penale) le indicazioni provenienti dalle direttive dell'Unione europea emanate in materia di sicurezza del lavoro.

Con il d.lgs. 626/94, le successive modifiche, ed oggi il Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, il piano della tutela si è spostato, decisamente, sul versante cosiddetto soggettivo, all'interno del quale il datore di lavoro, più che destinatario di obblighi da applicare supinamente, diviene il vero garante della sicurezza: egli stesso, in prima persona, deve individuare e valutare tutti i rischi connessi alla sua attività produttiva, e predisporre, di conseguenza, le misure di sicurezza – individuate alla stregua della miglior scienza e tecnica – necessarie per eliminare (o più correttamente ridurre) i pericoli derivanti da quei fattori di rischio.

Non si dimentichi, poi, che l'attuale sistema impone una serie di altri obblighi, pendenti in capo al datore di lavoro ed al dirigente (nelle rispettive sfere di competenza e potere) a contenuto altrettanto poco «rigido», predeterminato, positivizzato – quali l'informazione ai lavoratori, la loro formazione, la stessa sorveglianza sanitaria – che enfatizzano il ruolo propulsore ed attivo del primo garante della sicurezza dei lavoratori (nonché di chiunque possa venire a contatto con i citati fattori di rischio).

Intendiamoci: non che alcuni di questi doveri non fossero, almeno in parte, già imposti dai decreti presidenziali degli anni '50, ma certo, oggi, il peso delle specifiche previsioni a carattere aperto, che addirittura delegano al datore di lavoro l'individuazione dei rischi e delle misure da attuare, è certamente maggiore di quanto non fosse in passato, quando tale ruolo era giocato, in sostanza, dal solo art. 2087 c.c.

Non è certo necessario spendere molte parole per spiegare in quale misura un sistema come quello (sommariamente) descritto debba fare i conti con modalità di accertamento della colpa complesse e spesso contraddittorie. Per limitarsi a due esempi: come circoscrivere il novero degli eventi che la norma cautelare mira a prevenire, quando essa impone al datore di lavoro di individuare, valutare e prevenire tutti i rischi per l'integrità psico-fisica dei suoi lavoratori? E come valutare l'efficacia impeditiva della condotta alternativa lecita, quando la regola cautelare assume un carattere tanto ampio quanto indeterminato?

In un terreno così fecondo, dal punto di vista delle problematiche sollevate, l'unità di ricerca del Piemonte Orientale ha compiuto un'analisi ad ampio spettro delle pronunce di legittimità della IV sezione della Cassazione penale, negli anni 2004-2009 (con inevitabili e doverose incursioni anche negli anni precedenti), per cercare di capire se vi siano, e soprattutto dove si possono annidare, i rischi di imputazione e condanna penale basate sul *versari in re illicita*.

Non si tratta certo di un lavoro facile: già solo il doveroso passaggio dalla massima (anche se ufficiale) alla motivazione della sentenza è talora fonte di sorprese, e quasi sempre di aperture (ma anche complicazioni) inaspettate.

Inoltre, l'evidente impossibilità di conoscere non tanto gli atti di causa, quanto piuttosto le sentenze oggetto dei ricorsi, non sempre consente di comprendere, a fondo e con certezza, sino a che punto è stato realmente operato dai giudici di merito il giudizio sulla riconoscibilità del pericolo, o sull'evitabilità dell'evento dannoso: al riguardo, il ricercatore si può solamente «fidare» di quanto è scritto e si legge nella pronuncia di legittimità.

In ogni caso, lo sforzo è stato quello di dar conto delle diverse regole di giudizio, mettendo in luce anche le eventuali, parziali contraddizioni tra le pronunce, cercando talora, per quanto possibile, di azzardarne una spiegazione.

L'ambizione non può certo essere quella di offrire un quadro esaustivo e definitivo – impossibile, in una materia così magmatica e complessa – quanto piuttosto di aprire ulteriori piste di riflessione, che si spera possano essere feconde.

2. Norme cautelari rigide e norme cautelari «elastiche»

Una prima, fondamentale questione attiene alla necessità di accertare la conoscibilità della situazione di pericolo, e soprattutto l'evitabilità dell'evento, anche nelle ipotesi di colpa specifica, ove la norma cautelare scritta si caratterizzi per la sua elasticità, cioè per l'imposizione di un obbligo a carattere generale, non specifico e, pertanto, solo apparentemente positivizzato.

Al riguardo, com'è noto, ritenere che in questi casi la mera violazione della regola cautelare (elastica) possa portare all'imputazione a titolo

di colpa, trattandosi di colpa specifica, prescindendo dalla verifica sulla prevedibilità dell'evento, significa convergere pericolosamente verso forme di responsabilità oggettiva: se la previsione è elastica, solo apparentemente ci si troverebbe in presenza di una vera e propria regola cautelare positivizzata. La previsione cautelare elastica, infatti, non farebbe altro che riproporre, in termini inesorabilmente generici, il richiamo al dovere di diligenza, prudenza e perizia, che implica sempre, per poter portare all'accertamento della responsabilità penale, la verifica della conoscibilità del pericolo e dell'evitabilità dell'evento.

La giurisprudenza esaminata pare particolarmente attenta a questa necessità, in una materia, per così dire, vicina alla nostra sotto alcuni, evidenti profili: la circolazione stradale. Si vedano le sentenze che seguono, che annullano, con rinvio, tre condanne di merito poco rispettose della necessità di accertare in concreto, in presenza di regole cautelari solo apparentemente positivizzate, sia la prevedibilità dell'evento che la rilevanza causale della violazione della regola cautelare nella produzione del sinistro.

Nei reati colposi, qualora si assuma violata una regola cautelare cosiddetta «elastica», che cioè necessita, per la sua applicazione, di un legame più o meno esteso con le condizioni specifiche in cui l'agente deve operare – al contrario di quelle cosiddette «rigide», che fissano con assoluta precisione lo schema di comportamento – è necessario, ai fini dell'accertamento dell'efficienza causale della condotta antidoverosa, *procedere ad una valutazione di tutte le circostanze del caso concreto*. (Nella specie la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di condanna per omicidio colposo da incidente stradale, fondata *sul generico riferimento alla inadeguatezza della velocità, senza una analitica valutazione di tutte le circostanze del fatto in grado di definire l'esatta incidenza di tale violazione nel caso concreto*) (Cass. pen., sez. IV, 20/06/2007, 29206. Annulla con rinvio, App. Ancona, 5 Ottobre 2006).

In tema di colpa specifica, nell'ipotesi della violazione di una norma cautelare c.d. «elastica» – che indica, cioè, un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti – è comunque necessario che l'imputazione soggettiva dell'evento avvenga attraverso *un apprezzamento della concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito antigiusuridico da parte dall'agente modello*. (Fattispecie in tema di omicidio colposo conseguente ad incidente stradale, in cui l'imputato, che viaggiava a velocità superiore a quella imposta, ha investito un veicolo che aveva effettuato una improvvisa svolta a sinistra attraversando repentinamente la carreggiata: la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di condanna al risarcimento del danno – essendosi nel frattempo il reato prescritto – ritenendone carente la motivazione che non aveva chiarito se la condotta di guida della vittima fosse prevedibile e se le conseguenze determinatesi nel corso dell'incidente fossero prevedibili ed evitabili) (Cass. pen., sez. IV, 06/07/2007, 37606 Annulla ai soli effetti civili, App. Bari, 28 Maggio 2004).

In termini ancor più chiari, in una recente pronuncia si legge che:

Nell'ambito del profilo subiettivo della colpa di cui si parla, l'esigenza della prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento si pone in primo luogo e senza incertezze nella colpa generica, poiché in tale ambito la prevedibilità dell'evento ha un rilievo decisivo nella stessa individuazione della norma cautelare violata; ma *anche nell'ambito della colpa specifica la prevedibilità vale non solo a definire in astratto la conformazione del rischio cautelato dalla norma, ma anche va rapportata entro le diverse classi di agenti modello ed a tutte le specifiche contingenze del caso concreto*. Certamente tale spazio valutativo è pressoché nullo nell'ambito delle norme rigide, la cui inosservanza dà luogo quasi automaticamente alla colpa; ma *nell'ambito di norme elastiche che indicano un comportamento determinabile in base a circostanze contingenti, vi è spazio per il cauto apprezzamento in ordine alla concreta prevedibilità ed evitabilità dell'esito antigiuridico da parte dell'agente modello* (Cass. pen., sez. IV, 07.02.2008, 12361).

In verità, questo prudente ed apprezzabile atteggiamento della giurisprudenza di legittimità non trova concorde ed unanime riscontro nelle pronunce in tema di tutela penale del lavoro.

Come detto, nella nostra materia la questione è di importanza fondamentale, perché il richiamo all'art. 2087 c.c. (esempio paradigmatico di norma preventiva che solo apparentemente positivizzata la regola cautelare, dal momento che non consente di individuare la soglia del rischio consentito) costituisce un riferimento molto frequente, per non dire quasi costante, dell'imputazione colposa di fatti pregiudizievoli per l'integrità fisica o la vita dei lavoratori.

Peraltro, la questione si pone anche con riferimento ad altre norme cautelari, rispetto alle quali non è, comunque, agevole individuare il contenuto concreto del pericolo che si vuole prevenire. In questi casi, talora, la Suprema corte equipara (opportunamente) l'imputazione a titolo di colpa ai sensi della norma in oggetto al rimprovero per imprudenza, imperizia e negligenza, come nella sentenza che segue, relativa al rispetto di norme cautelari finalizzate a ridurre al minimo determinati rischi:

In tema di infortuni sul lavoro, la regola cautelare dettata dall'art. 75 del d.pr. n. 547 del 1955, relativa all'obbligo di dotare di schermi o altra protezione le macchine che durante il funzionamento possono proiettare materiale pericoloso, è intesa a indicare al garante per la sicurezza del luogo di lavoro la necessità di provvedere al fine di ridurre al minimo i rischi per il lavoratore. Non è pertanto consentito al datore di lavoro sottovalutare tale rischio sulla base di una considerazione empirica circa la bassa probabilità dell'evento. (Nella fattispecie la macchina molatrice del vetro aveva prodotto una esplosione di frammenti durante la lavorazione di una bottiglia). Correttamente *la Corte di merito ha affrontato il problema della concreta prevedibilità dell'evento*, sia facendo riferimento al

fatto che la macchina fosse azionata dal piede dello stesso lavoratore e potesse, pertanto, bastare una diversa pressione per accrescerne la pericolosità, sia ricordando che, come lo stesso ricorrente ha ammesso, esisteva in azienda 'esperienza' in tema di rottura di bottiglie». (Cass. pen., sez. IV, 12.12.2007, 3477).

In altri casi, di dubbia lettura, tale riconoscimento appare meno chiaro, quasi equivoco. Al riguardo, di estremo interesse una pronuncia relativa ad una guardia giurata, rimasta vittima di un colpo di pistola, al quale il datore di lavoro non aveva fornito un giubbotto anti proiettile.

Integra il delitto di omicidio colposo la condotta del datore di lavoro che abbia ommesso di fornire un giubbotto antiproiettile ad un proprio dipendente – guardia giurata in servizio antirapina innanzi a un istituto di credito – deceduto per essere stato attinto nella zona toracica da un proiettile esploso nel corso di una rapina, giacché il datore di lavoro ha il dovere di garantire l'incolumità dei propri dipendenti mediante l'adozione di misure tecniche e organizzative idonee a ridurre al minimo i rischi connessi ad attività lavorative, come previsto da disposizioni speciali e dal generico dovere di ogni imprenditore *ex art. 2087 cod. civ.* di tutelare gli ambienti di lavoro (Cass. pen., sez. IV, 04.07.2006, 32286).

Nella motivazione della sentenza la Corte afferma, da un lato, che:

Per l'addebito di colpa specifica, è sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa della violazione del disposto dell'art. 2087 c.c., che fa carico all'imprenditore di 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 lavoratori (v. Cass., Sez. IV, 8 giugno 2001, Zagami).

È forte l'impressione, leggendo queste parole, che la Corte si accontenti, per ritenere provato l'addebito a titolo di colpa, della mera violazione della regola cautelare, anche se, poche righe dopo si legge che l'obbligo imposto dall'art. 2087 c.c. (garantire condizioni di lavoro quanto più possibili sicure) sarebbe

[...] di tale spessore che non potrebbe neppure escludersi una responsabilità colposa del datore di lavoro allorquando questi tali condizioni non abbia assicurato, pur formalmente rispettando le norme tecniche» in quanto «sussiste pur sempre quello [obbligo] di agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dalla propria attività derivi un nocimento a terzi (cfr. Cass. pen., sez. IV, 12.12.2000, 2217).

Peraltro, non mancano pronunce nelle quali l'imputazione a titolo di colpa specifica, per violazione dell'art. 2087 c.c., pare prescindere dalla

verifica della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, nonostante la carenza di concretizzazione della regola cautelare violata.

Ciò avviene, per esempio, quando l'art. 2087 c.c. fonda un'imputazione a titolo di *culpa* (specifica) *in vigilando*, da parte del datore di lavoro:

È infatti il datore di lavoro che, quale responsabile della sicurezza del lavoro, deve operare un controllo continuo e pressante per imporre che i lavoratori rispettino la normativa e sfuggano alla tentazione, sempre presente, di sottrarsi anche instaurando prassi di lavoro non corrette. Tali conclusioni si evincono non solo dallo stesso, richiamato dal ricorrente, art. 4 d. l.vo 19.9.1994 n. 626, che non pone a carico del datore di lavoro il solo obbligo di allestire le misure di sicurezza, ma anche una serie di controlli diretti o per interposta persona, atti a garantirne l'applicazione, ma soprattutto dalla norma generale di cui all'art. 2087 c.c., la quale dispone che "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". *L'espressione 'adottare' non va riferita al solo allestimento delle misure ed al porle a disposizione di un eventuale preposto o, addirittura, dei soli lavoratori, senza curarne il puntuale impiego, così come sostenuto dal ricorrente C. L'interpretazione riduttiva dell'obbligo del datore di lavoro di "adottare" le misure antinfortunistiche non coincide con gli adempimenti necessari a lui richiesti, dovendosi tenere conto dei possibili problemi insorgenti durante la fase esecutiva di un qualsiasi lavoro, soprattutto la eventuale concorrenza della negligenza del prestatore, tanto che lo stesso decreto n. 626/1994 ha posto oneri a carico di quest'ultimo, tra cui la "attuazione" delle misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi dei lavoratori (art. 35 comma 2 d. l.vo n. 626/1994, contestato al C., contravvenzione dichiarata estinta per prescrizione con la sentenza di appello) (Cass. pen., 12.04.2005, 20595).*

Ebbene, in simili casi, risulta problematico comprendere quanto approfondito sia stato il vaglio del giudice di legittimità in ordine alla necessità che, nel corso del giudizio di merito, si sia data la prova della rappresentazione del pericolo e dell'evitabilità dell'evento dannoso, e che il giudice abbia correttamente ed esaustivamente motivato al riguardo.

Ma, certo, i più rilevanti scollamenti rispetto alla necessità di procedere, nelle ipotesi di contestazione di ipotesi di colpa specifica attraverso norme cautelari elastiche, all'attenta verifica della prevedibilità del pericolo e dell'evitabilità del danno, si riscontra in quelle sentenze nelle quali l'art. 2087 c.c. sostituisce, nel modello di imputazione colposa contestata in concreto, altre previsioni (più specifiche) non ritenute conferenti a seguito di evidenze emerse in corso di causa:

Al riguardo, dovendosi solo precisare, con riferimento a C. F., che l'addebito di colpa specifica, al di là del richiamo operato in sentenza agli

artt. 13 e 14 DPR n. 614/56, è da ricondurre più generalmente al disposto dell'art. 2087 c.c., in forza del quale il datore di lavoro è comunque costituito garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, *con l'ovvia conseguenza che, ove egli non ottemperi agli obblighi di tutela, l'evento lesivo correttamente gli viene imputato in forza del meccanismo reattivo previsto dall'art. 40, comma 2, c.p.* (Cass. pen., sez. IV, 12.01.2005, 12239).

3. *L'accertamento della riconoscibilità del pericolo nell'imputazione a titolo di colpa generica, o di colpa specifica in presenza di norme preventive solo apparentemente positivizzate*

Partiamo da una considerazione forse banale, ma utile per ricostruire il quadro complessivo degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in tema di imputazione colposa: nelle ipotesi di colpa generica l'accertamento della concreta riconoscibilità del pericolo è elemento imprescindibile.

In molte pronunce – delle quali si darà un rapido ed esemplificativo cenno – la Corte mostra di attenersi con scrupolo e rigore a questo elemento ma fondamentale principio:

In tema di infortuni sul lavoro, con riferimento all'esecuzione di opere pubbliche da parte del Comune, il Sindaco assume la posizione di committente cui è collegata la sua responsabilità in quanto portatore di una posizione di garanzia – che la presenza dell'appaltatore limita ma non esclude – e che si fonda sul presupposto della conoscenza del pericolo, dell'evitabilità dell'evento lesivo, e dell'omesso intervento per l'eliminazione del pericolo medesimo (Cass. pen., sez. IV, 29.11.2005, 14180).

Ed ancora (seppur con riferimento ad una vicenda che non attiene alla sicurezza del lavoro, ma che si connota per alcuni significativi punti di contatto con la nostra materia):

In tema di disastro colposo, la responsabilità dei titolari di una tipografia per il crollo dello stabile, causata da lavori di ampliamento dei locali destinati alla predetta attività, non può essere affermata in base alla mancata verifica della compatibilità con le strutture dello stabile di tale incremento là dove l'evento dannoso non poteva ritenersi "ex ante" prevedibile, in assenza di elementi concreti per dubitare di un qualche deficit strutturale dell'edificio, giacché, diversamente, in ragione dell'attività svolta e dell'ampliamento che si era realizzato, i titolari avrebbero potuto fare affidamento sulla corretta costruzione dell'edificio e, quindi, sull'assenza di difetti strutturali incompatibili con l'intervento ampliativo (Cass. pen., sez. IV, 26.05.2006, 31462).

Inoltre, non mancano riconoscimenti espliciti della necessità di accertare la conoscibilità del pericolo, quando vengano contestati addebiti a titolo sia di colpa specifica che generica:

Tra l'altro, anche qualora la Corte avesse ritenuto violata la menzionata regola scritta, non avrebbe potuto esimersi dall'effettuare in concreto il giudizio di prevedibilità dell'evento, dovendo comunque escludersi una prevedibilità in re ipsa del medesimo (Cass. pen., 22.05.2008, 25648).

Merita di riportare ampia parte della motivazione della sentenza appena citata, per evidenziare lo scrupolo con il quale la Corte affronta i temi fondamentali della prevedibilità ed evitabilità dell'evento, nonché della verifica di un fatto che costituisce concretizzazione del rischio che la regola cautelare mira prevenire:

Ciò premesso, ritenuta insussistente la contestata violazione della regola cautelare scritta, la Corte territoriale avrebbe dovuto approfondire il tema della colpa, segnatamente il tema della regola cautelare non scritta asseritamente violata dagli imputati, nelle rispettive posizioni. L'esclusione della colpa specifica non li rendeva, infatti, immuni da possibili rimproveri a titolo di colpa. *Occorreva, tuttavia, verificare, con un'indagine adeguata, se residuassero spazi per la configurabilità di una colpa generica.* Ma questa indagine è del tutto mancante nel caso di specie. Ed è proprio la carenza di motivazione sul punto ad imporre l'annullamento della sentenza impugnata. La Corte era tenuta a ricostruire, mediante le formule suggerite da dottrina e giurisprudenza (*la formula della prevedibilità ed evitabilità secondo la miglior scienza ed esperienza o alla stregua del parametro dell'homo eiusdem professionis et condicionis*), la regola cautelare oggettiva. Ricostruzione indispensabile per individuare le condotte "colpose" (siccome, appunto, inosservanti della regola de qua) rimproverabili agli imputati. La presenza di colpa si fonda, invero, sul contrasto tra la condotta concreta del soggetto agente ed il modello di condotta imposto dalla regola di diligenza, prudenza e perizia, il cui rispetto è necessario per evitare la realizzazione prevedibile di un fatto contemplato dalla legge come reato colposo (cfr. *ex plurimis* Cass. IV, 10 dicembre 1982, Trezzi, RV 157650). A fondare la condotta colposa è, in altre parole, l'oggettivo contrasto tra la condotta concretamente tenuta dal soggetto agente e quella prescritta dall'ordinamento. E nel compiere detta ricostruzione non si deve perdere di vista che *il presupposto logico perché il comportamento del soggetto possa qualificarsi imprudente o negligente è la rappresentabilità del fatto (o, come anche si dice, la prevedibilità dell'evento), cioè la possibilità di riconoscere il pericolo che a una data condotta possa conseguire la realizzazione di un fatto.* Con la precisazione che, nella base del giudizio di rappresentabilità, rientra non solo il conoscibile, ma anche il concretamente ed attualmente conosciuto. Né può dimenticarsi, nella necessaria opera di ricostruzione mancante nel caso in esame, che non è sufficiente la violazione della regola cautelare oggettiva perché il fatto sia rimproverabile al soggetto a

titolo di colpa. *Il fatto oggettivo dell'inosservanza della regola di condotta deve anche essere attribuito al soggetto agente, a lui rimproverato in base ad un giudizio "personalizzato".* A fronte di una condotta (attiva) indiziata di colpa, che abbia cagionato un certo evento, occorre, poi, effettuare una verifica ulteriore, chiedersi cioè se, in caso di c.d. comportamento alternativo lecito, ossia qualora il soggetto si sia comportato in maniera osservante della regola cautelare, l'evento stesso si sarebbe verificato ugualmente, oppure no. Per ascrivere l'evento cagionato al soggetto attivo, non basta infatti la sussistenza del mero nesso causale, ma – a livello di colpa – *si reputa necessario che il comportamento alternativo corretto sia in concreto idoneo ad evitare l'evento dannoso.* In altri termini, difetta l'evitabilità (e quindi la colpa) quando l'evento si sarebbe verificato anche qualora il soggetto avesse agito con diligenza. In presenza dell'oggettiva violazione di una regola cautelare, *occorre, infine, domandarsi se l'evento che ne è derivato rappresenta o meno la concretizzazione del rischio che la regola stessa mirava a prevenire:* l'inosservanza delle norme cautelari, infatti, può dare luogo ad una responsabilità colposa non in maniera indistinta, per tutti gli eventi cagionati, ma soltanto per quelli che appartengono ad una certa tipologia, che le norme stesse mirano ad evitare. I passaggi argomentativi fin qui indicati sono del tutto mancanti nella sentenza impugnata e questo ne impone l'annullamento con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Torino (Cass. pen., 22.05.2008, 25648).

Talora, peraltro, proprio in riferimento ai criteri cui rifarsi per l'accertamento della riconoscibilità del pericolo, la Corte afferma che sarebbe prevedibile anche ciò che è solo possibile. In tal senso, il datore di lavoro avrebbe l'obbligo di impedire il compimento di eventi dannosi rispetto ai quali rilevi solamente il dubbio sulla loro possibile verifica:

In tema di colpa, la prevedibilità dell'evento può riconnettersi anche solo alla possibilità che lo stesso si verifichi, purché tale possibilità riveli in maniera comunque concreta le potenzialità dannose della condotta dell'agente. In tal senso, quando si verte in materia di tutela della vita e della salute dei consociati, *il rischio che l'agente deve rappresentarsi può ritenersi concreto anche solo laddove la mancata adozione di cautele preventive possa indurre un dubbio non meramente congetturale sulla possibile produzione di conseguenze dannose.* (Fattispecie in tema di responsabilità del datore di lavoro per la mancata predisposizione di misure preventive, ulteriori rispetto a quelle imposte dalle norme preventive vigenti all'epoca, idonee ad evitare la pur prevedibile contrazione da parte dei lavoratori di gravi malattie connesse all'esposizione nell'ambiente di lavoro con polveri di amianto) (Cass. pen., sez. IV, 22.11.2007, 5117).

Letta con attenzione, la sentenza citata suscita un duplice ordine di perplessità. In primo luogo, infatti, che il datore di lavoro debba prevenire anche ciò che è solo possibile non dice ancora nulla sull'effettiva rappresentazione del pericolo che, in ipotesi di norme cautelari solo ap-

parentemente positivizzate, non può essere ritenuta *in re ipsa* (come ben insegnano le pronunce citate all'esordio del presente paragrafo).

Ma soprattutto, nel caso di specie sembrerebbe che il rimprovero mosso al datore di lavoro attenga alla necessità di attuare misure ulteriori rispetto a quelle imposte dalla legge. Com'è noto, quest'idea è presente nella giurisprudenza di legittimità, che spesso insiste sull'obbligo, derivante dall'art. 2087 c.c., di ridurre l'esposizione a fattori di rischio anche sotto le eventuali soglie indicate dalla legge, quando ciò sia possibile:

L'obbligo del datore di lavoro di prevenzione contro gli agenti chimici *scatta pur quando le concentrazioni atmosferiche non superino predeterminati parametri quantitativi, ma risultino comunque tecnologicamente passibili di ulteriori abbattimenti* (Cass. pen., sez. IV, 05.10.1999, 3567).

Ebbene, pur prescindendo dalla correttezza di questo insegnamento, è comunque evidente che, nell'ipotesi *de qua*, si tratterebbe di un rimprovero mosso solo apparentemente a titolo di colpa specifica, trattandosi di norma cautelare elastica, con la conseguente necessità di accertare in concreto la riconoscibilità del pericolo, cioè del superamento del rischio consentito, pur nel rispetto delle (altre e specifiche) cautele positivizzate. Ed al riguardo, non si può che richiamare quanto affermato nel paragrafo precedente.

Infine, proprio nella prospettiva di individuare dove si possono annidare i rischi di imputazioni e condanne solo formalmente rispettose dei principi cardine in tema di imputazione colposa, può essere utile soffermarsi su una pronuncia che, con riferimento alla colpa generica (pur in ambito estraneo alla tutela penale del lavoro) sembra desumere presuntivamente la conoscibilità del pericolo dalla natura intrinsecamente pericolosa dell'attività svolta, anche quando si siano rispettate le norme cautelari positivizzate, senza percepire la necessità dell'ulteriore valutazione, sotto il profilo della dimensione oggettiva delle colpa, della concreta conoscibilità del rischio (non consentito).

L'installatore di uno scaldabagno alimentato a gas metano risponde per colpa della morte dell'utente conseguita al cattivo funzionamento della canna fumaria, ancorché preesistente, della quale al momento dell'installazione egli non abbia verificato appieno la funzionalità, se non nei limiti impostigli dalla normativa vigente, in quanto la peculiarità del lavoro affidatogli e la pericolosità dell'opera oggetto del medesimo impediscono di ritenere circoscrivibile alla mera indicazione normativa la condotta necessariamente prudentiale e diligente che egli deve osservare, essendogli invece imposto di porre in essere tutte le cautele necessarie per evitare eventi dannosi prevedibili. [...] *La pericolosità dell'opera è ulteriore elemento, non solo costitutivo, ma anche aggravante della responsabilità, in quanto comporta la prevedibilità di un evento dannoso per le persone* (Cass. pen., sez. IV, 13.06.2007, 34115).

4. *Concretizzazione del rischio e appartenenza dell'evento, verificatosi in concreto, al novero dei fatti che la norma cautelare mira a prevenire*

L'evento che si vuole imputare a titolo di colpa deve costituire concretizzazione del rischio che la norma cautelare mira a prevenire. Questa pacifica acquisizione costituisce oggi, com'è noto, una dei punti maggiormente discussi nella nostra dottrina, dal momento che alcune autorevoli voci hanno sostenuto che il principio sarebbe solo formalmente rispettato in alcune pronunce di legittimità, ma sostanzialmente eluso, con drammatiche ricadute in tema di rispetto del principio di colpevolezza, tassatività ed irretroattività della legge penale.

Le principali perplessità espresse dalla dottrina al riguardo, com'è noto, si appuntano sulla sentenza della Corte di cassazione, IV sez. penale, 17.05.2006, 4675, emessa nella vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera.

A bene vedere, la pronuncia muove da una ricostruzione di carattere dogmatico certamente apprezzabile e pienamente condivisibile (sempre avendo, quale unico parametro di riferimento, il rispetto del principio di colpevolezza).

In tema di delitti colposi, per verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo, occorre *accertare, con valutazione "ex ante", la prevedibilità dell'evento, giacché non può essere addebitato all'agente modello (l'homo ejusdem professionis et conditionis) di non avere previsto un evento che, in base alle conoscenze che aveva o che avrebbe dovuto avere, non poteva prevedere, finendosi, diversamente opinando, con il costruire una forma di responsabilità oggettiva. (...)*. In tema di delitti colposi, ai fini dell'elemento soggettivo, per potere formalizzare l'addebito colposo, *non è sufficiente verificare la violazione della regola cautelare, ma è necessario accertare che tale regola fosse diretta ad evitare proprio il tipo di evento dannoso verificatosi, altrimenti si avrebbe una responsabilità oggettiva giustificata dal mero "versari in re illicita"*. Ne consegue che occorre verificare la cosiddetta "concretizzazione del rischio" (realizzazione del rischio), che si pone sul versante oggettivo della colpevolezza, come la prevedibilità dell'evento dannoso si pone più specificamente sul versante soggettivo e la relativa valutazione deve prendere in considerazione l'evento in concreto verificatosi *per accertare se questa conseguenza dell'agire rientrava tra gli eventi che la regola cautelare inosservata mirava a prevenire.*

I problemi sorgono, peraltro, quando la Corte specifica che, tra gli eventi che la norma cautelare mira a prevenire, vi sarebbero anche fatti «*non determinabili preventivamente*», purché questi siano del medesimo tipo di quelli presi in considerazione quando la norma cautelare venne emanata:

In caso di omicidio colposo consistito in un tumore professionale da cloruro di vinile monomero, il datore di lavoro versa in colpa qualora

in violazione delle regole cautelari di cui agli art. 20 e 21 d.pr. 19 marzo 1956 n. 303 abbia ommesso di attuare le misure di prevenzione tecnologicamente più avanzate pur se non generalmente praticate e agisca sapendo (o dovendo sapere) che la sua condotta può produrre conseguenze dannose *anche se tali conseguenze non sono determinabili preventivamente, purché si tratti di conseguenze del tipo di quelle prese in considerazione nel momento in cui le regole cautelari sono state redatte anche se non ancora interamente descritte e conosciute.*

Sono ben note le critiche, anche molto pregnanti, che parte della dottrina ha mosso alle conclusioni cui è giunta la Suprema Corte, e non è certo questa la sede adatta per ripercorrerle. Mi pare solo opportuna una considerazione.

La Corte ritiene che costituisca concretizzazione del rischio tipico anche l'insorgere di una malattia che era sconosciuta al momento nel quale la norma cautelare viene positivizzata (nel nostro caso, il 1956), ma non anche nel momento nel quale l'agente viola la regola stessa.

Al riguardo, pare potersi sostenere che l'art. 21, d.pr. 303/1956, sia una tipica norma cautelare «elastica», dal momento che impone l'obbligo di impedire o ridurre «le polveri di qualunque specie», attraverso misure (comma II) che «devono tenere conto della natura delle polveri» stesse.

Medesime considerazioni possono farsi rispetto all'art. 20, d.pr. 303/1956, che impone di adottare provvedimenti per impedire o ridurre lo sviluppo e la diffusione di gas o vapori irrespirabili, tossici o infiammabili, o odori o fumi di qualunque specie.

Pertanto, mi sembra che, per rispettare appieno i canoni corretti di accertamento dell'elemento soggettivo della colpa, la questione non sia tanto domandarsi quali fossero i fatti che il legislatore voleva prevenire allora. Le norme cautelari in questione, infatti, sono solo apparentemente positivizzate, e non consentono di individuare né il pericolo da prevenire né le misure da adottare: tale valutazione, esattamente come avviene nelle ipotesi di colpa generica, è rimessa al soggetto gravato dalla posizione di garanzia, che deve rifarsi alla miglior tecnica, per comprendere in quale misura le polveri o i vapori in questione possano costruire un fattore di rischio, nonché quali siano le misure tecniche per ridurre il rischio stesso nei limiti del consentito (escludendo, cioè, qualsiasi possibilità di danno per la salute dei lavoratori esposti).

In altre parole, ciò che rileva, è la riconoscibilità del pericolo dell'esposizione al CVM: il datore di lavoro, nel momento nel quale omette la condotta doverosa imposta dalle regole cautelari elastiche (aspirare le polveri e ridurre i vapori), poteva e doveva conoscere, in virtù del dovere di informazione che grava su di lui, che tra i rischi dell'esposizione alla sostanza dei suoi lavoratori vi erano quelle malattie tumorali che li hanno potuti a morte?

Se la risposta al quesito è positiva, allora il *vulnus* al principio di colpevolezza viene meno, perché il rimprovero si potrà e dovrà fondare sui medesimi requisiti tipici dell'imputazione a titolo di colpa generica: quel datore di lavoro sarà ritenuto responsabile dei gravi eventi verificatisi solo quando si accerti, in concreto, la riconoscibilità del pericolo, la conoscenza della regola cautelare, la possibilità del comportamento conforme a regola (sino al dovere di astenersi dall'utilizzo del prodotto o della sostanza). Tali problemi, peraltro, attengono a questioni di fatto, rispetto alle quali la sentenza in oggetto giunge a conclusioni che non possono essere valutate in questa sede.

Se, invece, la cancerogenicità del CVM non poteva essere nota al datore di lavoro, allora viene meno la stessa riconoscibilità del pericolo, e l'imputazione a titolo di colpa (specifica, ma in virtù di una norma solo apparentemente positivizzata) non regge più.

Certo, mi rendo conto che restano aperte molte questioni: quale livello di conoscenza della cancerogenicità del CVM deve acquisire il datore di lavoro, per poter dire accertata la riconoscibilità del pericolo in concreto? È sufficiente il mero dubbio, oppure occorre un certo grado di possibilità o probabilità, o addirittura la certezza? Quale peso si può dare, in questa complessa valutazione, alle scoperte scientifiche non ancora diffuse nell'intera comunità di riferimento, ma già acquisite in determinati ambiti specialistici?

Ma mi pare di poter sostenere che si tratta di questioni che incidono su piani differenti rispetto alla concretizzazione del rischio tipico.

Non voglio certo pretendere di offrire, in questa sede e con le poche riflessioni svolte, l'interpretazione autentica della giurisprudenza della Corte di cassazione, ma le considerazioni che precedono trovano una significativa conferma in altra parte della sentenza sul Petrolchimico di Porto Marghera:

Quanto all'apprezzamento del parametro della prevedibilità, con specifico riguardo *alla individuazione del momento cui occorre fare riferimento per poter pretendere che l'agente riconoscesse i rischi della sua attività e i potenziali sviluppi lesivi*, è da ritenere che l'agente abbia in proposito un obbligo di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune ed anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma.

Ora, l'ambito all'interno del quale il mancato accertamento della concretizzazione del rischio tipico è stata più frequente è, certamente, costituito dai processi per omicidio colposo a seguito di mesotelioma della pleura, malattia sconosciuta non solo quando vengono emanate le disposizioni cautelari in ordine all'esposizione alle polveri (anche di amianto), ma persino all'epoca delle condotte incriminate.

Premesso che, com'è noto, il problema si pone, soprattutto, in queste vicende in virtù della pluridecennale latenza della malattia – e che, peraltro, a differenza di quanto avvenuto nel caso di Porto Marghera, l'organo bersaglio della sostanza è il medesimo (il polmone) sia per il mesotelioma che per le altre malattie da amianto, note in precedenza (asbestosi e tumore al polmone), tutte potenzialmente mortali – gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità al riguardo meritano di essere approfonditi, anche in chiave di sviluppo storico.

In epoca meno recente, infatti, la Corte pare disinteressarsi dell'appartenenza dell'evento verificatosi in concreto al novero dei fatti che la norma mirava a prevenire, anche quando la malattia fosse ancora sconosciuta alla scienza medica nel momento nel quale il datore di lavoro ometteva le cautele doverose, imposte, come detto, da norme elastiche (i citati art. 20 e 21 del d.pr. 303/56 e/o l'art. 2087 c.c.).

Si vedano, al riguardo, le due pronunce che seguono:

In caso di omicidio colposo addebitato a un datore di lavoro per la morte per mesotelioma di un lavoratore esposto ad amianto, *ai fini della configurabilità della colpa, è sufficiente che fosse prevedibile che l'indiscriminata esposizione alla polvere di amianto nella lavorazione di tale sostanza comportava alti rischi di contrarre l'asbestosi*, giacché dipendendo entrambe le patologie dalla respirazione delle polveri di amianto e sostanziosamente le misure preventive nella riduzione o eliminazione della polverosità della lavorazione, *non sussiste differenziazione dei rimedi in quanto questi erano comuni ad entrambe le malattie mortali* (Cass. pen., 11.05.1998, Calamandrei).

In caso di omicidio colposo consistito in un tumore polmonare o in un mesotelioma occorso a lavoratore esposto ad amianto, non v'è ragione di escludere il rapporto di causalità con l'evento né il requisito della prevedibilità dell'evento medesimo, per il fatto che *il rischio cancerogeno sia stato conosciuto solo successivamente*, in quanto le misure di prevenzione da adottare per evitare l'insorgenza di una malattia invece da tempo nota come l'asbestosi erano identiche a quelle richieste per eliminare o ridurre gli altri rischi non conosciuti [...]. In tema di responsabilità colposa per violazione di norme prevenzionali, *la circostanza che la condotta antidoverosa, per effetto di nuove conoscenze tecniche e scientifiche, risulti nel momento del giudizio produttiva di un evento lesivo, non conosciuto quale sua possibile implicazione nel momento in cui è stata tenuta, non esclude la sussistenza del nesso causale e dell'elemento soggettivo del reato sotto il profilo della prevedibilità, quando l'evento verificatosi offenda lo stesso bene alla cui tutela avrebbe dovuto indirizzarsi il comportamento richiesto dalla norma, e risulti che detto comportamento avrebbe evitato anche la lesione in concreto attuata*. (Fattispecie relativa all'esposizione di lavoratori all'inhalazione di polveri di amianto, nella quale l'eventuale ignoranza dell'agente circa la possibile produzione di malattie tumorali, e soprattutto del mesotelioma pleurico, è stata giudicata irrilevante a fronte dell'omissione di cautele che

sarebbero state comunque doverose, secondo le conoscenze dell'epoca, per la prevenzione dell'asbestosi, e cioè di una malattia comunque molto grave e potenzialmente fatale, almeno in termini di durata della vita (Cass. pen., sez. IV, 11.07.2002, 988).

Si tratta di un atteggiamento che mette piuttosto in crisi i criteri corretti di accertamento della responsabilità per colpa. E la stessa Corte pare rendersene conto, tanto è vero che, in un caso, ritorna a proporre modelli di accertamento più ortodossi, ritenuti, peraltro, nel caso concreto ininfluenti sull'esito del processo, dal momento che il datore di lavoro aveva omesso qualsiasi intervento preventivo al riguardo:

È senz'altro esatta l'affermazione che l'agente modello, l'*homo ejusdem condicionis et professionis*, cui fare riferimento e ai fini della prevedibilità di un evento e ai fini della colpa o, meglio, ai fini della esigibilità dell'osservanza delle regole di condotta sia generiche, dettate dalla comune prudenza, sia specifiche, dettate dal legislatore, è l'agente, l'*homo*, del momento in cui è stata posta in essere la condotta che ha infranto la regola cautelare e, quindi, *l'agente modello che tenga conto dello stato della scienza e della tecnica in quel determinato settore in quel determinato momento* ed è fuori discussione che le attuali cognizioni, in tema di danni da esposizione alle polveri da amianto, siano ben superiori a quelle dell'epoca cui risalgono i fatti per i quali è processato. Ciò precisato, va detto, però, che il tema dell'*homo ejusdem condicionis et professionis*, il tema del modello di agente e, dunque, il tema della ritenuta non esigibilità della condotta è davvero mal posto, allorché si accerti, come hanno fatto scrupolosamente le due sentenze di merito, che nella O.G.R. delle Ferrovie dello Stato le condizioni di lavoro erano pessime, allorché si accerti che *in quella O. nulla o pressoché nulla era stato fatto in ordine al problema polveri*. [...]. Secondo i giudici di merito, *nulla è stato fatto, dalle cose più semplici, intuitive, alle cose più tecnicamente apprezzabili che l'agente modello dell'epoca avrebbe senz'altro posto in essere e, dinanzi a questo nulla, come non si può porre in discussione, per quanto si è detto, il rapporto di causalità tra la condotta – esposizione dei lavoratori, protratta per anni, ad elevate concentrazione di polveri da amianto – e gli eventi, così non può negarsi né la esigibilità della condotta – controllo delle polveri secondo il comune buon senso, e secondo le acquisizioni tecniche dell'epoca – né la prevedibilità degli eventi, prevedibilità, che, come questa suprema corte ha posto in evidenza, come ricordano i giudici di merito, nella sentenza 6 dicembre 1990, Bonetti, è la rappresentazione della potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non la rappresentazione ex ante dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione* (Cass. pen., sez. IV, 30.03.2000, 5037).

In sostanza – sembra dire la Corte, con un ragionamento del quale non è agevole cogliere i nessi logico giuridici – il pericolo ha da essere riconoscibile, ma l'assoluta inerzia del datore di lavoro nell'intervenire per aspirare polveri pericolose rende inutile quell'accertamento.

Peraltro, in questi ultimissimi anni l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità pare meno ispirato a tali presunzioni di colpa, sia in materia di riconoscibilità del pericolo:

In tema di tutela dei lavoratori dai rischi connessi all'esposizione all'amianto, il datore di lavoro risponde del delitto di omicidio colposo nel caso di morte del lavoratore conseguita a malattia connessa a tale esposizione quando, pur avendo rispettato le norme preventive vigenti all'epoca dell'esecuzione dell'attività lavorativa, non abbia adottato le ulteriori misure preventive necessarie per ridurre il *rischio concreto prevedibile di contrazione della malattia*, assolvendo così all'obbligo di garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro (Cass, pen., sez. IV, 22.11.2007, 5117);

che con riferimento al comportamento lecito alternativo:

La corte ha motivato sia in ordine alla gravità della condotta omissiva, sia in ordine agli effetti dell'esposizione all'amianto e con argomentazioni logiche condivisibili ha supportato *il proprio convincimento relativo all'effetto utile per evitare il danno alla salute del lavoratore del doveroso abbattimento delle polveri attraverso il rispetto delle norme antinfortunistiche che anche all'epoca erano ben conosciute*. Anche se la normativa successiva al fatto porta ad escludere le lavorazioni con l'amianto perché non è possibile escludere una sua potenziale dannosità per la salute, qualsiasi sia la soglia e le condizioni di lavoro, ciò non significa, come vuole la difesa, che la condotta gravemente omissiva della fattispecie in esame non sia rilevante perché gli studi scientifici continuano a sostenere la sussistenza del rapporto tra quantità di esposizione e gravità del danno. Pertanto anche tutte le censure dei ricorrenti relative al nesso di causa ed alla prevedibilità dell'evento non hanno pregio (Cass. pen., sez. IV, 03.06.2008, 22165).

Infine, segnalo una sentenza nella quale si affronta il problema della concretizzazione del rischio, in materia di infortuni sul lavoro:

Quanto al motivo afferente alla colpa, è sufficiente osservare che il ricorrente confonde previsione e prevedibilità dell'evento. A tale riguardo occorre rammentare che la colpa non implica affatto la previsione dell'evento. La colpa con previsione è al contrario una delle possibili configurazioni dell'imputazione soggettiva. *D'altra parte, la prevedibilità non può riguardare la configurazione dello specifico fatto in tutte le sue più minute articolazioni. Infatti, come ritenuto diffusamente pure in dottrina, la descrizione dell'evento non può discendere oltre un determinato livello di dettaglio e deve mantenere un certo grado di categorialità*; giacché un fatto descritto in tutti i suoi accidentali ragguagli diviene sempre, inevitabilmente, unico ed in quanto tale irripetibile ed imprevedibile. *Occorre dunque fare riferimento alla classe di eventi in cui quello oggetto del processo si colloca*. E nel caso in esame l'evento tipico era quello della caduta accidentale in un foro non protetto: contingenza senza dubbio prevedibile, o forse anche prevista,

atteso che l'imputato fotografò addirittura lo stato dei luoghi per segnalarne la pericolosità (Cass. pen., 28.06.2007, 39606).

5. *Il parametro alla stregua del quale valutare la riconoscibilità del pericolo: miglior tecnica o prassi diffuse e conoscenze scientifiche generalizzate?*

Resta da ricordare che, compiuti i doverosi accertamenti – sia nelle ipotesi di colpa generica, che quando venga contestata una norma cautelare avente carattere elastico – in ordine alla riconoscibilità del pericolo, all'evitabilità dell'evento, nonché all'appartenenza del fatto al novero degli eventi che la norma cautelare mira, in concreto, a prevenire, occorre ancora interrogarsi sui criteri attraverso i quali accertare il superamento del rischio consentito.

In tal senso, nella sentenza relativa alla vicenda del Petrolchimico di Porto Marghera si legge che:

In tema di delitti colposi, per verificare la sussistenza dell'elemento soggettivo, occorre accertare, con valutazione *ex ante*, la prevedibilità dell'evento, giacché non può essere addebitato all'agente modello (*l' homo ejusdem professionis et condicionis*) di non avere previsto un evento che, in base alle conoscenze che aveva o che avrebbe dovuto avere, non poteva prevedere, finendosi, diversamente opinando, con il costruire una forma di responsabilità oggettiva. Quanto all'apprezzamento del parametro della prevedibilità, con specifico riguardo alla individuazione del momento cui occorre fare riferimento per poter pretendere che l'agente riconoscesse i rischi della sua attività e i potenziali sviluppi lesivi, è da ritenere che *l'agente abbia in proposito un obbligo di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune ed anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che si tratti di studi isolati ancora privi di conferma* (Cass. pen., sez. IV, 17.05.2006, 4675).

Ed ancora, in una fattispecie relativa ad un incendio occorso in una fabbrica, la Corte ha precisato che: «L'imprenditore deve dotarsi di ogni più recente tecnologia atta ad aumentare la sicurezza» (Cass. Pen., sez. IV, 02.07.2007, 37599).

In sostanza: l'imprescindibile accertamento della riconoscibilità del pericolo va condotta alla stregua di un criterio particolarmente severo.

Ora, il discrimine tra «acquisizione scientifica che ancora non costituisce patrimonio comune» e «studio isolato» pare davvero sottile. E pertanto, in assenza della prova della conoscenza, da parte del datore di lavoro, di studi fondati che provano la pericolosità (specifica e concreta, cioè rispetto al tipo di evento che si è verificato), sarà molto difficile ritenere che il rischio era «conoscibile», attraverso il criterio proposto nella citata sentenza.

Non si dimentichi, poi, che, nel caso di specie, si trattava di esposizione ad un fattore di rischio del quale si conosce con certezza la pericolosità per la salute dell'uomo, ma rispetto alla quale vi è solo il dubbio in ordine alla sua potenzialità letale. Deve, in queste ipotesi, il datore di lavoro, nella sua attività produttiva, astenersi dall'uso della sostanza? Oppure, giungere sino a queste estreme conseguenze – che, certo, garantiscono al massimo grado la tutela del relevantissimo interesse protetto – significa introdurre un'indebita penalizzazione del mancato rispetto di un principio di precauzione, che nella nostra materia, secondo quanto sostenuto da parte della dottrina, non potrebbe mai rilevare, se non in presenza di esplicite fattispecie incriminatrici, costruite come delitti di esposizione a rischio?

La questione è, ovviamente, aperta, ma certo costituisce uno dei punti di maggior delicatezza dell'intera ricerca.

Concludo, sul punto, ricordando che, di recente la Corte, pur con un doveroso distinguo, ha mostrato di limitare la rilevanza del principio espresso in precedenza, affermando che:

In tema di tutela della sicurezza dei lavoratori, qualora la ricerca e lo sviluppo delle conoscenze portino alla individuazione di tecnologie più idonee a garantire la sicurezza, *non è possibile pretendere che l'imprenditore proceda ad un'immediata sostituzione delle tecniche precedentemente adottate con quelle più recenti e innovative*, dovendosi pur sempre procedere ad una complessiva valutazione sui tempi, modalità e costi dell'innovazione, *purché, ovviamente, i sistemi già adottati siano comunque idonei a garantire un livello elevato di sicurezza* (Cass. pen., sez. IV, 19.10.2006, 41944).

6. *La prevedibilità dell'evento nei rapporti tra committente ed impresa appaltatrice*

Interessante notare un'ulteriore regola di giudizio, rispetto alla quale la grave ed evidente violazione di una regola cautelare da parte dell'impresa appaltatrice, in virtù di una conseguente macroscopica prevedibilità dell'evento dannoso, imporrebbe al datore di lavoro committente di intervenire, pena l'imputazione, a titolo di colpa, nonostante sia presente nel nostro ordinamento una previsione di legge (art. 7, comma terzo, d.lgs. 626/94, oggi art. 26, comma terzo, del T.U.) che esclude il dovere del committente di promuovere la collaborazione e il coordinamento per quanto attiene ai rischi specifici ed esclusivi dell'impresa appaltatrice:

L'esenzione del datore di lavoro committente, ai sensi dell'art. 7, comma terzo, seconda parte, del D.Lgs. 19 settembre 1994 n. 626, dall'obbligo di cooperazione e di coordinamento con l'appaltatore per l'attuazione delle misure di prevenzione dei rischi di infortunio sul lavoro, quando trattasi dei

“rischi specifici propri dell’attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi”, *opera esclusivamente con riguardo alle precauzioni dettate da regole richiedenti una specifica competenza tecnica settoriale – generalmente mancante in chi opera in settori diversi – nella conoscenza delle procedure da adottarsi nelle singole lavorazioni o nell’utilizzazione di speciali tecniche o nell’uso di determinate macchine*. Non può quindi considerarsi come rischio specifico, ai fini dell’applicabilità della suddetta norma, quello che debba essere fronteggiato con l’impedire lo stazionamento di persone nel raggio di azione di una macchina potenzialmente pericolosa (nella specie, escavatore munito di benna) essendo tale pericolo riconoscibile da chiunque, indipendentemente dalle sue specifiche competenze (Cass. pen., sez. IV, 17.05.2005, 31296).

Nel medesimo senso, ancor più esplicitamente:

In tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro, quantunque l’obbligo di cooperazione tra committente e appaltatore (o tra appaltatore e subappaltatore) ai fini della prevenzione antinfortunistica non esiga che il committente intervenga costantemente in supplenza dell’appaltatore quando costui, per qualunque ragione, ometta di adottare le misure di prevenzione prescritte, deve tuttavia ritenersi che, *quando tale omissione sia, come nella fattispecie, immediatamente percepibile (consistendo essa nella palese violazione delle norme antinfortunistiche), il committente, che è in grado di accorgersi senza particolari indagini dell’inadeguatezza delle misure di sicurezza, risponde anch’egli delle conseguenze dell’infortunio eventualmente determinatosi* (Cass. pen., sez. IV, 14.07.2006, 30875).

In questi casi – pare leggersi tra le righe – è la macroscopica riconoscibilità del pericolo a far sorgere un obbligo di prevenzione a carico del datore di lavoro committente, obbligo del quale egli, ovviamente, risponderà a titolo di colpa generica, pur in presenza di una regola esplicita che limita il suo dovere di intervento ai rischi non esclusivi dell’attività dell’impresa appaltatrice.

7. *Condotta omissiva del responsabile del servizio di prevenzione e protezione ed evitabilità dell’evento*

Com’è noto, né nel d.lgs. 626/94, né nell’attuale previsione del Testo Unico in materia di sicurezza, sono previste violazioni contravvenzionale a carico del responsabile del servizio di prevenzione e protezione.

Peraltro, secondo un orientamento sempre più consolidato nella nostra giurisprudenza di legittimità, ciò non esclude che egli possa essere chiamato, ai sensi dell’art. 40, comma secondo, c.p. a rispondere di lesioni o omicidio colposo qualora abbia omissso di svolgere correttamente i compiti che la legge gli affida, e dalla sua omissione sia derivato un danno all’integrità fisica o alla vita dei lavoratori.

Il solco all'interno del quale si è sviluppato quest'orientamento giurisprudenziale è quello dell'omessa segnalazione al datore di lavoro, da parte del RSPP, di carenze del modello preventivo adottato, relative ad una concreta situazione di rischio, che evolverà nell'evento dannoso.

Ora, nei casi descritti, ai fini dell'imputazione colposa – nonché con riferimento alla derivazione causale del fatto dall'omessa comunicazione – pare evidente che, oltre alla doverosa prova della conoscenza o conoscibilità della situazione di pericolo, il giudice di merito accerti che l'evento era evitabile.

Ebbene, non sempre la giurisprudenza pare sensibile a questa esigenza, con il rischio di prescindere da uno dei fondamentali parametri di riferimento per l'imputazione colposa.

Talora, infatti, l'evitabilità dell'evento è solo presunta:

Considerata la particolare conformazione concepita dall'autore di leggi per il sistema antifortunistico, con la individuazione di un soggetto incaricato di monitorare costantemente la sicurezza degli impianti e di interloquire con il datore di lavoro, *deve presumersi che, ove una situazione di rischio venga dal primo segnalata, il secondo assuma le iniziative idonee a neutralizzarla* (Cass. pen., sez. IV, 15.02.2007, 15226).

Addirittura, si è ritenuta provata la colpa del RSPP in un caso nel quale «la pericolosità della situazione era comunque nota al datore di lavoro» (Cass. pen., sez. IV, 04.04.2007, 39567).

Questa pronuncia suscita fondate perplessità: se, infatti, il datore di lavoro non è intervenuto, pur conoscendo la situazione di pericolo, quale prova si è raggiunta, nel caso di specie, che l'evento era evitabile per mezzo dell'osservanza della regola cautelare violata? L'omesso intervento del datore di lavoro, pur a conoscenza del rischio, dovrebbe, al contrario, far presumere che l'evento non fosse assolutamente evitabile tramite la comunicazione (omessa) del RSPP, con le inesorabili conseguente in tema di imputazione colposa del fatto in capo a quest'ultimo.

Si deve, peraltro, evidenziare come, in una più recente pronuncia, la Corte paia maggiormente orientata per il rispetto dei criteri di accertamento della responsabilità colposa:

Ne consegue che il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione qualora, agendo con imperizia, negligenza, imprudenza o inosservanza di leggi e discipline, abbia dato un suggerimento sbagliato o abbia trascurato di segnalare una situazione di rischio, *induendo, così, il datore di lavoro ad omettere l'adozione di una doverosa misura prevenzionale*, risponderà insieme a questi dell'evento dannoso derivato, essendo a lui ascrivibile un titolo di colpa professionale che può assumere anche un carattere addirittura esclusivo (Cass. pen., sez. IV, 23.04.2008, 25288).

8. *La correlazione tra accusa e condanna nelle ipotesi di mutamento del titolo di imputazione soggettiva (tra colpa generica e colpa specifica)*

Affronto, infine, un'ultima questione che potrebbe suscitare perplessità in ordine alla surrettizia introduzione di ipotesi di responsabilità oggettiva.

Spesso la Corte, com'è noto, si trova di fronte al problema del mutamento, in corso di causa, della norma cautelare che fonda il rimprovero a titolo di colpa specifica.

Ora, è chiaro che, in questa sede e ai nostri fini, non interessa tanto affrontare gli aspetti processuali, relativi alla legittimità di una dubbia correlazione tra contestazione accusatoria e sentenze di condanna, quanto piuttosto scandagliare le conseguenze del citato orientamento sui modelli di accertamento della colpa.

Non paiono sorgere particolari questioni quando:

[...] la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, *[si aggiunge] a quello originariamente contestato (nella specie, oltre alla "generica negligenza", la violazione delle norme cautelari indicate)* (Cass. pen., sez. IV, 17.11.2005, 2393; Cass. pen., sez. IV, 08.1.2005, 14175).

Nel medesimo senso:

Nei procedimenti per reati colposi, *la sostituzione o l'aggiunta di un particolare profilo di colpa, sia pure specifica, al profilo di colpa originariamente contestato, non vale a realizzare diversità o immutazione del fatto ai fini dell'obbligo di contestazione suppletiva di cui all'art. 516 cod. proc. pen. e dell'eventuale ravvisabilità, in carenza di valida contestazione, del difetto di correlazione tra imputazione e sentenza ai sensi dell'art. 521 stesso codice.* (Fattispecie in tema di infortuni sul lavoro: la Corte ha escluso la dedotta violazione di legge nell'ipotesi di condanna per mancato rispetto di norme cautelari, laddove la contestazione riguardava plurimi profili di negligenza e di colpa) (Cass. pen., sez. IV, 20.01.2006).

Ben diverse, invece, possono essere le conseguenze in altra situazione:

All'imputato, *con il capo di imputazione, erano stati contestati anche profili di colpa generica: orbene questa Corte (Sez. IV, 27 giugno 1997, n. 7704) ha avuto modo di precisare che "in tema di reati colposi può ritenersi violato il principio di correlazione tra accusa e sentenza solo quando la causazione dell'evento venga contestata in riferimento ad una singola specifica ipotesi colposa e la responsabilità venga invece affermata in riferimento ad un'ipotesi differente. Se la contestazione concerne globalmente la condotta, addebitata come colposa (e cioè si faccia riferimento alla colpa generica), la violazione suddetta non sussiste: è consentito al giudice aggiungere agli elementi di fatto contestati altri estremi di*

comportamento colposo o di specificazione della colpa, emergenti dagli atti processuali e quindi non sottratti al concreto esercizio del diritto di difesa, a tutela del quale la normativa è dettata (Cass. pen., sez. IV, 19/06/2007, 35666).

Il rischio, infatti, è che nel corso del processo non si accerti né rappresentazione del pericolo né inevitabilità dell'evento, muovendo dall'assunto che sono stati contestati anche elementi di colpa specifica, mentre, di fatto, la condanna si basa sulla sola imputazione a titolo di colpa generica, senza adeguato recupero delle valutazioni indispensabili per tale tipo di imputazione.

In tal senso, neppure rileva tanto che:

[...] *la difesa (abbia) avuto completa ed assoluta possibilità di interloquire*, come è agevole rilevare da tutte le questioni di volta in volta sollevate nei giudizi di merito in ordine al ruolo ed alla condotta del L.: di talché il diritto di difesa, alla cui tutela è finalizzato il principio di correlazione in argomento, non è risultato in alcun modo compromesso (idem).

Ciò che interessa, infatti, è la motivazione, in sede di giudizio di merito, in ordine prevedibilità ed inevitabilità dell'evento, e non tanto la possibilità della difesa di interloquire sulla (diversa) imputazione.

Inoltre, non si deve scordare che, nel mutare la norma cautelare contestata, si potrebbe passare da un'ipotesi rigida ad una elastica, con il conseguente obbligo, in questo secondo caso, di accertare la riconoscibilità del pericolo e l'inevitabilità dell'evento.

LA DELEGA DI FUNZIONI, PRIMA E DOPO IL T.U. 81/08.
CONTINUITÀ EVOLUTIVA E NOVITÀ LEGISLATIVE
NELL'ANALISI COMPARATIVA

di Alessio Scarcella

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. L'istituto «legislativo» della delega di funzioni ed i modelli di organizzazione e gestione. – 3. La delega di funzioni nel diritto amministrativo. – 3.1. La delega «tipica». – 3.2. La delega «atipica». – 3.3. I caratteri essenziali della delega. – 3.4. I rapporti tra delegante e delegato. – 3.5. Il principio di competenza. – 3.6. Figure controverse. – 4. Il datore di lavoro nell'impresa privata. – 4.1. Il datore di lavoro nella PA – 5. Gli obblighi generali di tutela di datore di lavoro e dirigente nel TU sicurezza. – 5.1. Il ruolo dell'art. 2087 c.c. – 6. La delega di funzioni in materia antinfortunistica prima del d.lgs. n. 81/2008. – 7. I requisiti «oggettivi» e «soggettivi» della delega di funzioni. – 7.1. La forma. – 7.2. La competenza tecnica del delegato. – 7.3. Effettività. – 7.4. Autonomia di spesa. – 7.5. Non ingerenza del delegante. – 7.6. Dimensione dell'impresa. – 7.7. Accettazione per iscritto della delega. – 7.8. Pubblicità della delega. – 7.9. Necessità che il delegante vigili sull'attività del delegato. – 7.10. Specificità della delega. – 8. Delega di funzioni e delega materiale. – 9. L'esercizio di fatto di poteri direttivi e la delega di funzioni. – 10. Obblighi del datore di lavoro non delegabili. – 11. Questioni di diritto transitorio.

1. Premessa

Il 9 aprile 2008 il Presidente della Repubblica ha firmato il nuovo decreto legislativo recante «Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro», testo che introduce finalmente nel nostro ordinamento un «corpus» normativo destinato a sostituire la precedente disciplina in materia, assumendo la veste di un vero e proprio Testo Unico non meramente compilativo.

Con il nuovo decreto sulla sicurezza, infatti, si completa il complesso e travagliato iter che ha condotto al riassetto ed alla riforma della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro.

Come è stato giustamente osservato dai primi commentatori della riforma, con il nuovo d.lgs. 9 aprile 2008, l'Italia dice addio alla vecchia legge 626, meglio conosciuta come la legge sulla sicurezza sul lavoro: il Testo Unico comprende 12 Titoli e più di 300 articoli.

Si è trattato di un lavoro lungo e complesso che riordina la materia, innova sul piano della prevenzione, della formazione, del potenziamento e del coordinamento della vigilanza, del ruolo delle parti sociali e dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e della diffusione della cultura della sicurezza, assicurando un sistema sanzionatorio equilibrato.

Il decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 recante *Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro* è stato pubblicato sul suppl. ord. n. 108 alla GU del 30 aprile 2008, n. 101, è entrato in vigore il 15 maggio 2008 ed è costituito da 306 articoli e 51 allegati per un totale di 320 pagine di Gazzetta Ufficiale.

Limitando l'orizzonte valutativo alla novità costituita dalla «consacrazione legislativa» dell'istituto della delega di funzioni, va senza alcun dubbio rivolto un plauso al legislatore delegato del 2008 per aver finalmente attribuito dignità giuridica (e non solo giurisprudenziale) a tale istituto, finora conosciuto per effetto della fervente opera di elaborazione della giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte cui, nel corso degli anni, va attribuito il merito di aver consolidato i principi cardine della delega, al fine di considerarla come efficace ed effettiva.

Si provvederà, di seguito, ad approfondire in via esclusiva i caratteri dell'istituto della delega, tenendo conto dell'evoluzione della giurisprudenza sul punto, come introdotta nel nuovo d.lgs. n. 81 del 2008, in quanto scopo del mio intervento è quello di analizzarne sommariamente i contenuti, non essendo possibile, per ovvie ragioni di tempo, procedere ad un approfondimento sistematico del tema.

2. L'istituto «legislativo» della delega di funzioni ed i modelli di organizzazione e gestione

Come già anticipato, novità assoluta del nuovo TU della sicurezza è costituita dall'introduzione, per la prima volta in un testo di legge, del meccanismo della cosiddetta delega di funzioni in materia di prevenzione infortuni ed igiene del lavoro.

Si tratta di una previsione che non può non essere vista con favore, considerato infatti che fino ad oggi, l'istituto della delega di funzioni non aveva ancora mai assunto dignità normativa in materia di sicurezza, in quanto ritenuto frutto della fervente opera di elaborazione creatrice della giurisprudenza di legittimità cui va riconosciuto l'indubbio merito di aver «costruito», passo dopo passo, le regole ed i criteri, soggettivi ed oggettivi, per l'applicazione della delega nel settore degli infortuni sul lavoro¹.

¹ Vedi, *ex multis*, da ultimo, sul punto: Cass., sez. IV, c.c. 13 novembre 2007 – dep. 20 febbraio 2008, n. 7709, Augusto e altri, in *Ced Cass.*, 238526.

Come è noto, infatti, l'istituto della delega di funzioni era stato creato dalla giurisprudenza di legittimità con il «nobile» intento di rendere più semplice all'imprenditore, chiamato ad attuare gli obblighi di sicurezza, l'adempimento dei medesimi mediante il ricorso a soggetti dotati di particolare competenza professionale e capacità tecnico-giuridiche.

Purtroppo, l'esperienza, soprattutto giudiziaria di questi anni, ha dimostrato come sovente, il ricorso alla delega si è prestato ad un uso distorto se non a veri e propri abusi da parte di quei (fortunatamente pochi, se rapportati al quadro nazionale) imprenditori disinvolti che lo hanno utilizzato quale strumento per una comoda elusione mascherata dei precetti in materia di prevenzione infortuni ed igiene del lavoro.

La giurisprudenza, proprio con l'obiettivo di evitare che il ricorso a tale strumento si piegasse a finalità illecite, aveva elaborato un vero e proprio catalogo di requisiti soggettivi ed oggettivi in presenza dei quali una delega poteva considerarsi efficace ed effettiva. Purtroppo, però, la strada maestra di un riconoscimento legislativo dell'istituto della delega in materia antinfortunistica non era stata seguita, essendosi infatti limitato il legislatore a prevedere, in negativo, con il d.lgs. n. 242/1996 (il cosiddetto decreto «correttivo» del d.lgs. n. 626/1994), una serie di adempimenti non delegabili da parte del datore di lavoro.

Si era trattato di un primo, importante, passo verso la consacrazione legislativa dell'istituto della delega che, tuttavia, non si era mai tradotto in una espressa previsione di legge, comportando una situazione di incertezza per gli operatori del settore, soprattutto per quelle imprese con limiti dimensionali e strumenti finanziari ridotti, tenuto conto che la conoscenza degli orientamenti giurisprudenziali in tema di delega presupponeva il ricorso a soggetti dotati di alta specializzazione e di nozioni tecnico-giuridiche esercenti attività di consulenza nel settore della prevenzione.

A ciò, poi, si accompagnava il minore grado di cogenza che il precedente giurisprudenziale assume rispetto ad un testo di legge, anche in termini di pubblicità.

Tutto questo, dunque, rende ragione della oculata scelta del legislatore di inserire nel nuovo decreto della sicurezza, con le caratteristiche di cogenza ed obligatorietà proprie di una legge dello Stato, la previsione dell'istituto della delega di funzioni (art. 16), attraverso la dettagliata individuazione dei requisiti di natura soggettiva ed oggettiva richiesti per la sua effettività, requisiti mutuati all'evidenza dalla giurisprudenza di legittimità stratificatasi nel corso di decenni di elaborazione, in sintesi così individuati:

1. la delega deve risultare da atto scritto recante data certa;
2. il delegato deve possedere tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;

3. la delega deve attribuire al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;
4. la delega deve attribuire al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate;
5. la delega deve essere accettata per iscritto dal delegato;
6. alla delega deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità.

L'esistenza di un atto di delega, peraltro, se da un lato impone, a garanzia dell'autonomia del delegato, il divieto di ingerenza da parte del delegante nell'esercizio dei poteri oggetto dell'atto di delega (ciò in quanto, evidentemente, una indebita ingerenza nell'attività del delegato comporterebbe un'automatica riassunzione delle funzioni delegate in capo al delegante, con conseguente imputazione al medesimo degli obblighi in materia), dall'altro non impedisce né vieta al delegante di esercitare sempre il controllo e la vigilanza sul puntuale adempimento da parte del delegato delle attività oggetto di conferimento, gravando pur sempre in capo al delegante la funzione di capo dell'impresa, di soggetto istituzionalmente chiamato ad esercitare le funzioni di protezione e di garanzia della sicurezza, a pena, in caso di inadempimento di tali obblighi di controllo e vigilanza, di imputargli una responsabilità penale a titolo di *culpa in vigilando*.

A tal fine, il nuovo testo sulla sicurezza prevede (art. 16, *comma terzo*) espressamente che «la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite», aggiungendo altresì che tale vigilanza «si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4».

Tale ultima previsione, richiama il necessario ricorso per un'efficace politica prevenzionistica ai «*modelli di organizzazione e gestione*» della sicurezza introdotti dal d.lgs. n. 231/2001 (che ha previsto per la prima volta nel nostro ordinamento la responsabilità da reato delle persone giuridiche) e pone le basi per la definitiva affermazione, nel sistema della prevenzione, della nuova filosofia legislativa che sposta l'attenzione dell'interprete (e, segnatamente, del giudice) dalla *colpa dell'organizzazione alla colpa nell'organizzazione*, in quanto non è più (ovvero non è più soltanto) sufficiente verificare l'esistenza di una responsabilità penale del trasgressore improntata sui cardini della personalità della responsabilità penale dettati dall'art. 27 Cost., ma è soprattutto necessario dapprima per l'Ente e poi, in seconda battuta, per il giudice (eventualmente chiamato a pronunciarsi sulla responsabilità dell'Ente per il reato commesso da un soggetto per esso operante e nel suo interesse o a suo vantaggio), valutare il modello organizzativo adottato in via preventiva per impedire il verificarsi di eventi lesivi dell'integrità

fisica dei lavoratori ovvero, anche in assenza di eventi lesivi, per mantenere elevati gli standard di sicurezza².

In questa ottica, quindi, ben si spiega il richiamo operato *all'art. 30, comma quarto*, del nuovo decreto della sicurezza, secondo il quale «Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l'eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico».

L'integrazione tra sistemi di controllo di carattere generale e sistemi di controllo gestionali, dunque, garantirà sicuramente il perseguimento di quegli obiettivi di salvaguardia e di tutela che il legislatore tende a raggiungere, meglio responsabilizzando i soggetti della sicurezza, tra cui quello sicuramente più gravato, il datore di lavoro, anche in ipotesi di ricorso all'istituto della delega di funzioni.

3. La delega di funzioni nel diritto amministrativo

L'istituto della delega di funzioni nasce nel diritto amministrativo.

In particolare, si definisce delega (o delegazione) il provvedimento amministrativo con cui un'autorità amministrativa, quando la legge le attribuisce espressamente questa facoltà, sostituisce a sé un'altra autorità, nell'esercizio di funzioni appartenenti alla propria competenza.

Si distinguono una «delega tipica» da una «delega atipica», ma nel diritto amministrativo vi sono anche delle figure controverse di dubbia appartenenza al fenomeno della delegazione.

3.1. La delega «tipica»

La delega presuppone due autorità, quella delegante e quella delegata, di cui una (quella delegata) viene legittimata al compimento di atti o

² Diverso problema, si noti, è quello relativo ai rapporti tra il tema della delega di funzioni e la normativa sulla responsabilità penale degli enti. Sul punto, infatti, in dottrina (C. BRUSCO, *La delega di funzioni alle luce del d.lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008, 2769) si evidenzia come «il titolo di responsabilità dell'ente – previsto dagli artt. 6 (nel caso di reati commessi da persone che ricoprono posizioni apicali) e 7 (nel caso di reati commessi da soggetti sottoposti all'altrui direzione) d.lgs. n. 231 del 2001 – deve essere considerato, nel caso di delega di funzioni, quello previsto dall'art. 7 dovendo il delegato ordinariamente considerarsi sottoposto all'altrui direzione».

all'esercizio di funzioni di competenza del delegante, in virtù di un atto della stessa autorità delegante.

I casi pratici che rientrano nello schema della delega tipica sono numerosi, essendo espressione della tematica più generale dei rapporti organizzatori della pubblica amministrazione.

Può aversi il caso in cui l'autorità delegante e quella delegata operino all'interno dello stesso organo: è l'ipotesi del Ministro e del titolare di un ufficio appartenente al medesimo ministero (direttore generale, sottosegretario, ecc.).

Può aversi il caso in cui l'autorità delegante e quella delegata appartengano ad organi esterni dello stesso ente: ad esempio, Consiglio comunale e Giunta comunale. Nell'area della delega a titolari di uffici appartenenti allo stesso ente, vanno ulteriormente distinti i «delegati aventi competenze proprie» (es. delega del Consiglio alla Giunta) dai delegati «privi di tali competenze» (es. delega del Ministro al Sottosegretario, o delega del Sindaco agli Assessori). Queste prime due ipotesi sono di delega «interorganica».

Una fattispecie prevista dalla Costituzione (all'art. 118) è quella della cosiddetta delega intersoggettiva che si ha tra due autorità appartenenti ad enti diversi: si pensi all'esercizio di funzioni regionali attraverso lo strumento della delega agli enti locali.

3.2. La delega «atipica»

La delega atipica si ha quando il delegato non è preposto né ad organi né ad uffici: un esempio è la delega del Sindaco all'elettore della frazione, ma vi è anche la delega tra enti dotati di autonomia (prevista dal d.pr. n. 616 del 1977, che ha trasferito dallo Stato alle Regioni alcune funzioni amministrative con facoltà di «sub-delega» delle stesse funzioni agli enti locali, nel quadro del modello di «amministrazione per programmi»).

3.3. I caratteri essenziali della delega

I caratteri essenziali della delega in diritto amministrativo sono tre:

1) è un atto dispositivo di un soggetto nei confronti di un altro.

Non è atto dichiarativo e neanche autorizzativo, perché la competenza del delegato non deriva direttamente dalla legge, ma è la legge che conferisce al delegante il potere di delegare. Inoltre, la delega presuppone nel delegante una propria competenza, in mancanza della quale non si avrebbe delega in senso proprio bensì «attribuzione» di competenze a titolo originario (dove mancherebbe la possibilità di revoca e la precarietà, caratteri essenziali dell'istituto).

2) è un atto che fonda la competenza a provvedere su un dato oggetto.

La delega può attribuire il potere di compiere un solo atto, o emanare uno stesso tipo di atto tutte le volte che ne ricorrono i presupposti (nei limiti di durata della delega), oppure di adottare tutti gli atti relativi ad una determinata materia (ciò si verifica per la delega tra Stato e Regioni, o fra Regione ed Enti locali).

3) *la delega è liberamente revocabile: si discute se la revoca debba essere espressa o se possa essere tacita (per facta concludentia).*

Premesso che in linea di principio non può escludersi la revoca tacita, una parte della dottrina sostiene che la revoca deve essere necessariamente espressa tutte le volte che la delega comporta la perdita dell'originaria competenza del delegante o l'interdizione temporanea del delegante all'esercizio della propria competenza. Non così, quando la delega consenta al delegante di esercitare le proprie competenze nonostante l'intervenuta attribuzione ad altro soggetto.

3.4. I rapporti tra delegante e delegato

La delega dà vita in diritto amministrativo ad un rapporto particolare tra delegante e delegato, da non confondersi con un eventuale rapporto di gerarchia già esistente tra i due soggetti e sul quale si innesta.

Il rapporto nascente dalla delega è un rapporto di supremazia, in cui il delegante è titolare di alcuni poteri e diritti sul delegato, il quale a sua volta è in posizione di soggezione e di obbligo.

Per la delega, infatti, non si richiede il consenso del delegato, il quale non può né rifiutare né restare inerte, tant'è che è previsto il potere sostitutivo del delegante in caso di inerzia del delegato.

Se la delega conferisce il potere di esercitare una competenza «entro i limiti delle direttive» del delegante, il delegato gode di una circoscritta discrezionalità nell' eseguire le istruzioni impartite; l'inosservanza delle direttive può dar luogo a responsabilità disciplinare del delegato (se c'è rapporto interorganico), perché le direttive non sono soltanto una prescrizione alla persona ma anche un limite ai poteri e alle facoltà conferite con la delega, da cui deriva l'illegittimità del provvedimento emanato in contrasto.

3.5. Il principio di competenza

Questo principio risponde all'esigenza fondamentale di organizzazione dei pubblici uffici.

La nozione di competenza può articolarsi in due figure:

a) la *competenza tecnica*, cioè la particolare idoneità o abilità nel compiere certi atti.

Questo tipo di competenza è prefissata dalle *norme di competenza*, espressione di una mera esigenza di divisione del lavoro: un esempio sono i regolamenti che distribuiscono i compiti nell'ambito di un apparato amministrativo e predispongono le sanzioni disciplinari per le loro violazioni.

b) la *competenza giuridica*, cioè l'abilitazione a compiere certi atti sulla base di una norma giuridica che dispone in tal senso.

Questo tipo di competenza si identifica con la facoltà, l'onere o il dovere di compiere determinati atti ovvero di non compierli: difatti, al concetto di competenza fa riscontro quello di *incompetenza*, che indica la disfunzione frutto dell'esercizio della competenza da parte di un organo a ciò non designato.

Il principio di competenza è connesso al concetto di funzione amministrativa, perché etimologicamente *fungere* significa «agire *come se* si fosse un altro», ovvero in qualità di *alter ego* di qualcuno, sia esso persona fisica singola, o collegio o collettività.

Avere una *funzione* significa non solo essere competenti a compiere determinati atti, ma significa anche agire palesemente e non *come se* si fosse un altro.

In altri termini, *funzione è competenza di agire* non solo *per conto* ma anche *in nome* di altri, spendendo tale qualifica.

3.6. Figure controverse

La struttura di molti organi amministrativi contempla, accanto al titolare, un funzionario in *posizione vicaria*, che ha il potere di sostituire il titolare stesso in caso di impedimento o assenza, per evitare la paralisi delle attività.

Questa è la figura della cosiddetta *supplenza*, che consiste in un fenomeno di duplice legittimazione ad esercitare la competenza, ossia una legittimazione primaria del titolare ed una legittimazione secondaria del vicario. È un fenomeno previsto dalla legge, che diventa operativo al verificarsi di un solo presupposto di fatto, cioè l'impedimento o l'assenza del titolare.

Al contrario, la delega è una sostituzione che non avviene automaticamente, ma trae origine da un atto discrezionale del titolare, il quale può anche delimitarne la durata.

La supplenza non modifica l'ordinamento delle competenze, bensì la legittimazione ad agire.

Nel diritto amministrativo vengono utilizzati anche altri strumenti organizzativi diversi ed eterogenei, che vengono raggruppati genericamente (e talora erroneamente) sotto il nome di delega.

Il cosiddetto *avvalimento* si ha quando un ente pubblico (che è e resta titolare delle proprie competenze), conferisce una delega ad uffici di un altro ente solo per determinate operazioni tecniche o per taluni compiti di natura preparatoria, istruttoria, esecutiva, ecc., finalizzati all'attività principale dell'ente titolare.

La cosiddetta *delega di firma* risponde a banali esigenze di deconcentrazione del lavoro amministrativo e non crea particolari rapporti tra delegante e delegato. Si ha ad esempio quando il Ministro incarica un suo funzionario di firmare atti di ufficio «d'ordine del Ministro» o «per il Ministro».

Malgrado la denominazione, si ritiene in dottrina che la delega di firma sia un istituto assimilabile più alla rappresentanza che non alla delega vera e propria, in quanto la firma del funzionario impegna direttamente il Ministro, sul quale grava tutta la responsabilità dell'atto emanato.

4. Il datore di lavoro nell'impresa privata

L'individuazione del datore nell'impresa privata non comporta particolari problemi né sotto il profilo esegetico né sotto quello applicativo.

L'operazione di individuazione è chiaramente più semplice con riferimento all'imprenditore non costituito sotto forma di persona giuridica societaria, in quanto normalmente in questi casi il datore di lavoro – persona fisica coincide con il soggetto che ha la legale rappresentanza dell'impresa.

Maggiori problemi, peraltro da tempo risolti dalla giurisprudenza di legittimità, pone il caso in cui datore di lavoro sia un'impresa costituita sotto forma di persona giuridica.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha elaborato alcuni utili criteri finalizzati a garantire l'individuazione del soggetto responsabile in ambito lavorativo, al fine di evitare che il ricorso allo strumento imprenditoriale finisse per tradursi in un sistema che rendesse maggiormente complicata l'individuazione – identificazione del soggetto che assume la posizione di garante della sicurezza dei lavoratori. A tal proposito, espressione del consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, è il principio secondo cui «se il datore di lavoro è una persona giuridica, destinatario delle norme è il legale rappresentante dell'ente imprenditore, quale persona fisica attraverso la quale il soggetto collettivo agisce nel campo delle relazioni intersoggettive, così che la sua responsabilità penale, in assenza di valida delega, è indipendente dallo svolgimento o meno di mansioni tecniche, attesa la sua qualità di preposto alla gestione societaria»³.

Tale principio deve, peraltro, essere temperato con quello – anch'esso consolidatosi in decenni di interpretazione giurisprudenziale

³ Cass., Sez. III, 4 luglio 2006, n. 28358, Bonora e altro, in *Ced Cass.*, 234949.

di legittimità – secondo cui «la individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e sull'igiene del lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto (ossia alla sua funzione formale)»⁴.

Si tratta, in altri termini, del principio fondamentale secondo cui nell'individuare il soggetto – datore di lavoro, sia esso persona fisica o giuridica, occorre sempre astrarre dalla qualifica formale rivestita e attribuire rilevanza esclusiva alle funzioni in concreto esercitate.

È quanto, negli stessi termini, oggi affermato dall'art. 299 d.lgs. n. 81/2008, che sotto la rubrica «Esercizio di fatto di poteri direttivi», stabilisce in maniera inequivoca che «Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti» (vedi, *amplius*, § 9).

L'art. 299 del decreto contiene una delle più importanti novità introdotte in materia penale.

La norma infatti prevede che titolari delle «posizioni di garanzia» individuate nell'art. 2, comma 1, lett. b), d) ed e), debbono essere considerati non solo i soggetti che rivestono formalmente le qualifiche da cui scaturiscono, ma altresì quelli che, pur sprovvisti di regolare investitura, esercitano «in concreto» i poteri giuridici riferiti ai primi.

Le qualifiche implicitamente richiamate dall'art. 299, attraverso il rinvio all'art. 2, sono quelle del «datore di lavoro», del «dirigente» e del «preposto».

La definizione di «datore di lavoro» contenuta nel decreto ripropone, pur con alcune marginali differenze lessicali, quella già presente nell'art. 2 lett. b) del d.lgs. n. 626 del 1994. Anche secondo la nuova disposizione, dunque, la qualifica spetta al soggetto titolare del rapporto di lavoro o, comunque, a chi, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, vanta la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva, in quanto vi esercita i poteri decisionali e di spesa.

Le definizioni di «dirigente» e di «preposto» sono invece totalmente inedite per il diritto positivo e le stesse – per come precisato nella stessa Relazione allo schema del decreto legislativo – recepiscono i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale sulle due figure evocate (ma mai per l'appunto definite in precedenza) nell'art. 1, comma 4-*bis* del citato d.lgs. n. 626 del 1994.

L'art. 2 lett. d) del decreto individua il primo nella persona che attua le direttive del datore di lavoro, organizzando l'attività lavorativa e vigi-

⁴ Cass., Sez. Un., 1 luglio 1992, n. 9874, Giuliani, in *Ced Cass.*, 191185.

lando su di essa, mentre la lett. e) dello stesso articolo definisce il secondo come la persona la quale 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.

La definizione delle due figure assume rilevante importanza, atteso che dirigenti e preposti risultano titolari *iure proprio* (ai sensi degli artt. 18 e 19 del decreto) di numerosi obblighi in materia di sicurezza negli ambienti di lavoro, senza che sia necessaria una espressa delega in tal senso da parte del datore di lavoro, così come già era stato affermato in passato dalla giurisprudenza dominante nella vigenza del d.lgs. n. 626 del 1994⁵.

In tale ottica si spiega dunque l'inciso presente in tutte e due le disposizioni citate, secondo cui le qualifiche di dirigente e preposto sono riconosciute normativamente solo a coloro che svolgono i compiti sopra descritti in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico loro conferito. La precisazione mira a determinare il valore legale dell'inquadramento delle due figure nell'organizzazione aziendale sulla base di un criterio non meramente formale bensì sostanziale (ancora una volta in linea con i consolidati approdi della giurisprudenza formatasi con riferimento alla normativa previgente)⁶.

Ai medesimi principi sopra ricordati si ispira anche un'altra disposizione del decreto che, seppure non richiamata direttamente dal citato art. 299, è importante per la sua interpretazione.

Si tratta dell'art. 16 che contiene (come si vedrà *amplius* oltre) per la prima volta, una codificazione della delega di funzioni.

Tale strumento era stato fino ad ora considerato idoneo a trasferire la posizione di garanzia del datore di lavoro in materia di sicurezza del lavoro esclusivamente sulla base del dettato dell'art. 1, comma 4-*ter*, del d.lgs. n. 626 del 1994, il quale, nell'escludere la delegabilità di alcuni degli obblighi destinati al datore del lavoro, implicitamente sembrava ammettere la delega di quelli non menzionati. Sulla base di questo indiretto dato normativo un oramai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità ha così elaborato la disciplina della delega, individuandone le condizioni alle quali il titolare poteva considerarsi sollevato dalla posizione di garanzia e il delegato effettivamente investito degli obblighi alla stessa connessi⁷.

I risultati di tale elaborazione sono ora stati trasfusi, perverso in termini ancora più restrittivi, nella disposizione del citato art. 16, che espressamente ammette la delega di funzioni da parte del datore di lavoro – con esclusione degli stessi obblighi già non delegabili anche ai sensi dell'art.

⁵ Vedi ad es. Cass., Sez. IV, 20 aprile 2005, Stasi ed altro, in *Ced Cass.*, 233656.

⁶ Vedi ad es. Cass., Sez. IV, 28 settembre 2006, Di Lorenzo e altro, in *Ced Cass.*, 235564.

⁷ Vedi da ultimo, Cass., Sez. IV, 19 giugno 2006, Del Frate, in *Ced Cass.*, 235184.

1, comma 4-ter, del d.lgs. n. 626 del 1994 – a condizione: a) che la stessa risulti da atto scritto con data certa; b) che il delegato possenga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate e che allo stesso vengano attribuiti tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle stesse funzioni; c) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria e d) che venga accettata dal delegato per iscritto.

Lo stesso art. 16 precisa infine che la delega non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite, principio anche questo già affermato in passato dalla menzionata giurisprudenza.

Riassunto il contesto normativo di riferimento risulta più agevole a questo punto comprendere l'effettivo significato dell'art. 299.

La disposizione, infatti, funge da norma di chiusura, cercando di evitare che l'intreccio delle qualifiche – pur corretto dall'illustrato criterio sostanziale – e il meccanismo della delega possano determinare vuoti di tutela o comunque concentrare le conseguenze penali in capo ai soggetti formalmente titolari della posizione di garanzia, senza tener conto di quelli che risultano di fatto aver assunto la responsabilità della sicurezza negli ambienti di lavoro, magari perché dotati dell'effettivo potere di garantire l'attuazione del sistema di prevenzione ideato dal legislatore. La disposizione affronta dunque *ex professo* il problema di determinare il regime giuridico applicabile al soggetto che, pur non essendo investito formalmente della «funzione», la eserciti di fatto. E la giurisprudenza è, da tempo, orientata a riconoscere la responsabilità del datore di lavoro, del dirigente, del preposto «di fatto», privilegiando il dato funzionale dell'attività in concreto svolta, rispetto a quello meramente formale dell'avvenuta investitura.

Tale prospettiva giurisprudenziale, volta a ricostruire le qualificazioni soggettive previste dalle fattispecie incriminatrici attraverso il precipuo riferimento alle concrete funzioni il cui esercizio è dalle stesse presupposto, ha trovato, dunque, esplicita conferma.

Ed in questo senso l'art. 299 si inserisce nel solco già tracciato dal legislatore in occasione della riforma dei reati societari del 2002, quando, nel riscrivere l'art. 2639 c.c., ha espressamente previsto che «al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

Pertanto, l'inquadramento di un dirigente o di un preposto nell'organizzazione aziendale ovvero il rilascio di una delega di funzioni non dovrebbero essere, ad esempio, sufficienti ad alleviare la posizione di garanzia del datore di lavoro – ed anzi la amplierebbero con riguardo agli obblighi di cui non sarebbe formalmente destinatario – ogni qual volta

questi si ingerisca di fatto nella gestione dei compiti assegnati allo stesso dirigente, allo stesso preposto o al delegato ben oltre i limiti del generale obbligo di vigilanza e supplenza comunque riservatogli dalla legge.

Ma, più in generale, la disposizione in commento sembra trasformare in autore tipico dei reati propri in materia antinfortunistica anche chi, pur privo di formale investitura (ad esempio perché munito di una delega che non presenti i requisiti previsti dall'art. 16), eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti anzidetti.

Da ultimo, va evidenziato che l'art. 299 non «trasferisce» la posizione di garanzia dal titolare di diritto al titolare di fatto della funzione, ma crea in capo al primo una nuova ed autonoma posizione di garanzia – generata dal concreto esercizio dei relativi poteri – che si somma a quella originaria.

È questo infatti il senso che sembra doversi attribuire all'avverbio «altresì» utilizzato dal legislatore nel contesto della norma. E ciò implica che la responsabilità del datore di lavoro, dirigente e preposto di fatto non esclude la responsabilità di chi sia, invece, formalmente investito della relativa funzione, il quale non può utilmente pensare di essere esonerato dalla responsabilità penale semplicemente adducendo la presunta esistenza di un garante di fatto⁸.

4.1. Il datore di lavoro nella PA

Diversa è l'impostazione normativa con riferimento all'individuazione del soggetto cui spetta la qualifica di datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

Accanto alla norma «generale» contenuta all'art. 2, comma primo, lett. b) del d.lgs. n. 81/2008 secondo cui «Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici

⁸ Dello stesso avviso è, in dottrina, C. BRUSCO, *La delega di funzioni alle luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008, 2771; il quale, peraltro, nel rilevare come la disposizione in esame ha confermato normativamente l'immanenza del cosiddetto principio di effettività nel sistema penale della delega di funzioni, aggiunge come «la norma non esclude l'applicazione di principi formali per l'individuazione delle posizioni di garanzia come è reso evidente dall'uso dell'avverbio «altresì» che fa ritenere tenuti all'applicazione delle misure di prevenzione anche coloro che sono investiti, originariamente o per delega espressa, dei relativi poteri e non solo coloro che di fatto dispongono di questi poteri».

nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo», ai fini dell'individuazione della qualifica datoriale non può non farsi riferimento alla disciplina speciale in materia.

Alla luce dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁹ «Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico e amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti».

Invece, ai dirigenti compete «l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano la amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa e di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati».

Dalla lettura del citato articolo si evince che il dirigente poiché è in possesso di un autonomo potere di spesa è anche responsabile in materia di sicurezza in ambito lavorativo.

A tale proposito, anche con riferimento alla problematica dell'individuazione del datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, la Suprema Corte ha stabilito che il criterio da utilizzare per individuare i destinatari delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro è quello delle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono sulla carica formalmente attribuita¹⁰.

Sia gli organi di governo che i dirigenti dell'ente pubblico sono chiamati a collaborare ed a interagire in materia nell'ottica di una piena applicazione dell'art. 97 della Costituzione (Art. 97 Cost., commi 1 e 2 «I pubblici uffici sono organizzati in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari»).

Alla sfera politica compete l'obbligo di istituire laddove manchi il Servizio di prevenzione e protezione, così come deve prevedere in bilancio

⁹ Recante «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», in (GU 9 maggio 2001, n. 106 – SO n. 112).

¹⁰ Cass., Sez. III, 7 ottobre 2004, n. 39268, Feltrami ed altro, in *Ced Cass.*, 230088: «...la posizione del dirigente quale datore di lavoro comporta una capacità gestionale di natura patrimoniale, poteri effettivi di gestione e l'esercizio di poteri non esauriti in attività riconducibili esclusivamente alla categoria degli obblighi e, quindi, anche a quello della sospensione del servizio, mentre l'organo apicale è sempre responsabile alternativamente o cumulativamente, ove venga informato delle deficienze e non vi adempia ovvero nel caso in cui siano necessarie impegnative di spesa, non consentite all'organo tecnico o al dirigente di settore.»

i dovuti stanziamenti per il suo avvio: la Suprema Corte ha di recente affermato che se è pur vero che il vigente ordinamento degli enti locali, di cui all'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni, prevede la delega ai dirigenti amministrativi dell'ente di autonomi poteri organizzativi, permane comunque in capo al sindaco, quale figura politicamente ed amministrativamente apicale del comune, il dovere di controllo sul corretto esercizio delle attività autorizzate¹¹, aggiungendo, con specifico riferimento alla disciplina in materia antinfortunistica, che affinché il sindaco vada esente da responsabilità in base all'art. 2, lett. b) del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, è necessario che questi proceda all'individuazione dei soggetti cui attribuire la qualifica di datore di lavoro, conseguendone in difetto il permanere in capo all'organo di direzione politica della qualifica datoriale con attribuzione della relativa responsabilità in materia antinfortunistica¹².

La nomina del datore o dei datori di lavoro rientra nelle competenze del Sindaco e del Presidente della Amministrazione Provinciale.

Nella ipotesi, peraltro frequentissima, che l'ente nomini più datori di lavoro la scelta sul coordinatore potrebbe ricadere, a nostro avviso, sul Segretario Generale dell'Ente, nominato anch'esso datore di lavoro, che dovrebbe garantire il funzionamento della assemblea dei datori di lavoro che determina le scelte strategiche vincolanti per i singoli datori di lavoro.

Il datore di lavoro è responsabile per i seguenti aspetti: la approvazione del documento di valutazione dei rischi, la nomina del responsabile del servizio di prevenzione e di protezione, la nomina del medico competente.

Diretta conseguenza di questi obblighi è la responsabilità da parte del datore di lavoro di operare in funzione delle criticità evidenziate dal documento di valutazione dei rischi.

Egli, pertanto, sarà chiamato a risponderne a meno che la Amministrazione (*id est*, l'organo di governo) non abbia finanziato in maniera congrua i rimedi per fronteggiare i rischi.

In caso di pluralità dei datori di lavoro all'interno dello stesso ente, il documento di valutazione dei rischi sarà approvato dal consiglio dei datori di lavoro.

Soggetti della sicurezza all'interno della pubblica amministrazione sono: il dirigente o funzionario delegato e il preposto.

I soggetti appartenenti alle qualifiche dirigenziali saranno tenuti ad adottare le misure necessarie a garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori.

¹¹ Cass., Sez. III, 17 gennaio 2008, n. 2478, Gissi e altro, in *Ced Cass.*, 238593.

¹² Cass. Pen., Sez. III, 20 settembre 2007, n. 35137, Lo Turco, in *Ced Cass.*, 237379: fattispecie nella quale il sindaco di un comune aveva ommesso di elaborare il documento di valutazione dei rischi nonché di designare il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione e di nominare il medico competente.

Ad esempio, volendo calare il ragionamento in ambito sanitario, la figura del Dirigente alla quale il Decreto assegna il compito di coadiuvare insieme ai preposti, il datore di lavoro nell'esercizio, la direzione e la sovrintendenza delle attività di prevenzione e protezione adottando le necessarie misure, è identificabile nel Direttore Sanitario e nel Direttore Amministrativo. Queste figure professionali hanno il ruolo di dirigenti e la loro autonomia gestionale non origina dalla legge ma da un atto derivato di nomina, da parte del Direttore Generale, infatti il loro potere è derivato da un atto organizzativo prodotto da quest'ultimo. Di conseguenza né il Direttore Sanitario né il Direttore Amministrativo possono acquisire il ruolo di datore di lavoro, ai fini del d.lgs. n. 81/2008.

Ai fini prevenzionistici, infatti, il Dirigente ha un ruolo diverso da quello del Direttore Generale, egli è il soggetto subordinato al datore di lavoro di cui deve seguire e attuare le direttive nell'ambito della predisposizione dei poteri che spettano al datore di lavoro.

La giurisprudenza ha individuato come dirigenti anche funzionari che, benché non formalmente inquadrati come dirigenti, sono preposti presso uffici ed operano attuando le direttive del datore di lavoro.

Al di fuori delle aziende sanitarie, ma comunque all'interno della pubblica amministrazione, dirigenti ai fini del d.lgs. n. 81/2008 sono: i direttori generali, i dirigenti titolari di uffici periferici, ecc.

Per completare l'organigramma aziendale ai fini della sicurezza in ambiente lavorativo non si può omettere la figura del preposto che è una figura creata dalla giurisprudenza (anche se il concetto era contenuto già nell'art. 4 del d.p.r. n. 547/1955 e n. 303/1956) ed oggi sviluppata dal combinato disposto degli artt. 2 e 19 del d.lgs. n. 81/2008: si tratta di un soggetto che non essendo dirigente ha, comunque, una posizione di preminenza rispetto agli altri lavoratori, dovuta al possesso di un maggiore bagaglio di conoscenze tecniche.

I preposti sono soggetti che, pur non avendo poteri di gestione, hanno poteri di controllo nei confronti di altri lavoratori, a loro subordinati.

Scopo della vigilanza attiva spettante ai preposti è quello di operare in modo che tutto quanto disposto dal datore di lavoro e dai dirigenti (istruzioni, disposizioni, misure di prevenzione e di protezione, procedure di sicurezza o di gestione delle emergenze, uso della segnaletica, manutenzione in genere di impianti, macchine, attrezzature di lavoro, ecc.) abbia concreta ed efficace attuazione.

Già prima delle modifiche normative introdotte dal d.lgs. n. 81/2008, la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione aveva contribuito a circoscrivere l'ambito di responsabilità del preposto nel caso in cui si verifici un infortunio sul lavoro¹³.

¹³ Cass., Sez. IV, 5 aprile 1996, n. 3483, P.G. in proc. Pozzati ed altro, in *Ced Cass.*,

In effetti, il preposto ha il compito di sovrintendere all'espletamento delle attività soggette alla normativa prevenzionale, intese come quelle attività rivolte alla vigilanza sul lavoro dei dipendenti per garantire che esso si svolga nel rispetto delle regole di sicurezza. Ne consegue, quindi, che non spetta al preposto adottare misure di prevenzione, ma fare applicare quelle predisposte da altri, intervenendo con le proprie direttive ad impartire le cautele da osservare. Già con l'art. 90 del d.lgs. n. 626/94 (così come modificato dal d.lgs. n. 242/96) era stato ampliato il precetto prevenzionale diretto al preposto, ma perché quest'ultima possa essere chiamato a risponderne in concreto occorre che utilizzando il criterio guida dell'effettività egli abbia in concreto il potere di intervenire nei compiti precettati, per cui l'area della sua responsabilità viene circoscritta dagli effettivi poteri a lui spettanti, indipendentemente dalle più ampie indicazioni normative¹⁴.

Ad esempio, nelle Aziende sanitarie la figura del preposto è identificabile, per i servizi sanitari, nel Dirigente medico e non medico, nel Medico responsabile di una organizzazione operativa permanente, nel Capo dei servizi sanitari ausiliari, nel Capo Sala e, in casi particolari, nell'Operatore Professionale Coordinatore, nel dirigente tecnico, ecc.

Non possono essere considerati preposti l'infermiere generico, l'Ota, l'Ausiliario, l'Oss, ecc. perché tali figure altrimenti da soggetti tutelati dalla legge diventerebbero responsabili di se stessi.

In enti non di tipo sanitario ma comunque appartenenti alla pubblica amministrazione, il preposto coincide con la figura del Capo-Ufficio, del Capo servizio, ecc.

5. Gli obblighi generali di tutela di datore di lavoro e dirigente nel TU sicurezza

Il nuovo TU sicurezza individua gli obblighi generali di tutela operando una differenziazione a secondo del soggetto coinvolto: datore di lavoro e dirigente, preposto, lavoratore, medico competente, ecc.

Gli obblighi individuati per ciascuna di tali figure, tuttavia, non esauriscono l'ambito «obbligazionario» imposto ai soggetti individuati, do-

204972: «Preposto è colui che, nel suo settore, prende decisioni e sovrintende al lavoro eseguito da altri, pur potendo, ove occorra, contribuire alla realizzazione dello stesso. È da escludere, pertanto, che sia preposto l'operaio che fa parte di una squadra di pronto intervento, la quale può essere destinata ad una o ad altra attività lavorativa e i cui componenti devono eseguire personalmente il lavoro, stando alle esclusive direttive altrui».

¹⁴ In dottrina, peraltro, si ritiene che le funzioni del preposto non siano delegabili in quanto costui «può perdere la titolarità delle funzioni solo con il venir meno della qualità di preposto» (così, C. BRUSCO, *La delega di funzioni alle luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008, 2776).

vendosi aggiungere, oltre agli obblighi di carattere «generale» imposti ed individuati nel Tit. I° del TU sicurezza, tutta quella dettagliata serie di obblighi di sicurezza individuati nei titoli successivi in relazione alle differenze tipologie di rischio lavorativo.

La modalità attraverso cui il legislatore procede all'individuazione è innovativa, soprattutto per la puntuale attenzione dedicata alla disciplina di dettaglio per ciascuna figura soggettiva presa in considerazione.

È, anzitutto, l'art. 18 ad individuare gli obblighi del «datore di lavoro e del dirigente».

Tale disposizione normativa, riprendendo il contenuto dell'art. 1, comma quattro *bis*, d.lgs. n. 626/1994, stabilisce che «Il datore di lavoro, che esercita le attività di cui all'articolo 3, e i dirigenti, che organizzano e dirigono le stesse attività secondo le attribuzioni e competenze ad essi conferite» sono tenuti ad assolvere ad una nutrita serie di adempimenti.

Tale disposizione, già dopo la sua introduzione dovuta per effetto delle modifiche introdotte con il d.lgs. n. 242/1996 (cosiddetto correttivo al TU sicurezza del 1994), era stata oggetto di puntuale esegesi da parte della giurisprudenza di legittimità. Sotto tale profilo, infatti, la Suprema Corte – con riferimento al delicato problema dei rapporti tra delega di funzioni e compiti dei soggetti apicali della prevenzione, aveva avuto modo di precisare che l'art. 1, comma quarto *bis*, del d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626, come modificato dal d.lgs. 19 marzo 1996 n. 242, comporta che i collaboratori del datore di lavoro (dirigenti e preposti), al pari di quest'ultimo, sono da considerare, per il fatto stesso di essere inquadrati come dirigenti e preposti e, nell'ambito delle rispettive competenze ed attribuzioni, destinatari «iure proprio» dell'osservanza dei precetti antinfortunistici, indipendentemente dal conferimento di una delega «ad hoc»¹⁵.

Ebbene, il tema della dirigenza merita alcune puntualizzazioni in diritto dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 626 del 1994 e del d.lgs. n. 81/2008 che ne prosegue l'opera di forte innovazione.

Il d.pr. n. 547 del 1955, all'art. 4 non consentiva infatti riserve sull'essere il dirigente destinatario delle norme antinfortunistiche, disponendo la lett. a) che «i datori di lavoro, i dirigenti e i preposti che esercitano, dirigono o sovrintendono alle attività indicate all'art. 1, devono nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, attuare le misure di sicurezza previste nel presente decreto». Attuazione che, nel caso di attribuzioni e di competenze con autonomia di spesa, non poteva non comprendere l'obbligo di adeguare alle disposizioni di legge le macchine del settore in cui la dirigenza veniva esercitata; attuazione, invece,

¹⁵ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2005, n. 11351/06, Stasi ed altro, in *Ced Cass.*, 233656; conforme: Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2007, n. 6277/08, P.M. in proc. Oberrauch e altro, in *Ced Cass.*, 238749.

che, in mancanza di detta autonomia o in presenza di una relativa autonomia, che non consentisse se non determinati, limitati, interventi, imponeva al dirigente di segnalare al datore di lavoro le inadempienze alle norme antinfortunistiche chiedendone il rispetto o chiedendo le risorse per adempiervi personalmente, salvo, ovviamente, il caso della delega delle funzioni, la quale, facendo del dirigente l'alter ego del datore di lavoro a tutti gli effetti, non avrebbe potuto non prevedere anche un'adeguata autonomia finanziaria.

Il d.pr. n. 626 del 1994 (art. 4) nella formulazione originaria, distingueva tra gli obblighi indirizzati al solo datore di lavoro ed obblighi posti congiuntamente a carico di quest'ultimo e dei dirigenti e preposti, disponendo, nel comma 5, – analogamente a quanto previsto dal d.pr. n. 547 del 1955, art. 4 – che «il datore di lavoro, il dirigente e il preposto esercitano, dirigono o sovrintendono le attività indicate all'art. 1 nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, adottando le misure necessarie per la sicurezza e la salute dei lavoratori», disposizione seguita da un nutrito elenco di ipotesi di intervento.

Ma, il successivo d.lgs. del 19 marzo 1996, n. 242, ha abolito la distinzione, di cui all'art. 4, tra obblighi indirizzati al solo datore di lavoro e obblighi posti congiuntamente a carico di quest'ultimo e dei dirigenti e preposti, quasi a voler individuare – come è stato osservato dalla dottrina – in conformità al modello della direttiva comunitaria, nel datore di lavoro l'unico destinatario di tutti i precetti indirizzati al vertice gestionale dell'azienda o dell'ente.

«Infatti – osserva la dottrina in questione nell'enunciazione specifica del contenuto dei precetti da osservare – è stato eliminato ogni riferimento al dirigente, riportando, invece, sotto l'art. 1, comma 4 *bis*, la disposizione generale, secondo cui il datore di lavoro che esercita le attività soggette alla normativa prevenzionale e, nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, i dirigenti e i preposti che dirigono o sovrintendono le stesse attività, sono tenuti al rispetto di tutte le regole dettate dalla disciplina prevenzionale, quasi a voler evidenziare, con questa diversa collocazione della norma, il suo precipuo carattere di criterio di massima, di precetto strumentale, destinato essenzialmente a riconoscere e ad autorizzare la piena derogabilità della stragrande maggioranza degli obblighi prevenzionali, eccezione fatta per quel ristretto nucleo di compiti prioritari espressamente indicati nel medesimo art. 1, comma 4 *ter*».

Questa voce della dottrina, preso atto della eliminazione, dall'art. 4, della distinzione contenuta nel comma 5 e del trasferimento di quest'ultima disposizione, nella prima sua parte, nell'art. 1, comma 4 *bis*, si chiede quale sia il significato di tale variazione in apparenza solo topografica; si chiede, cioè, se tale variazione sia mera questione di tecnica legislativa, senza conseguenze sostanziali, ovvero sia un cambiamento di impostazione con notevoli riflessi sul piano sia teorico che pratico.

Se, in sostanza, l'innovazione stia a significare l'adesione del legislatore del 1996 alla teoria dell'ontologica inscindibilità della posizione di garanzia dalla qualifica datoriale, con la conseguenza di ritenere che, senza una valida delega di funzioni, non possa sorgere nessuna responsabilità né del dirigente, né del preposto, perché su di loro non graverebbe *iure proprio* alcun obbligo prevenzionale» o se l'innovazione stia, invece, a significare che «la modifica operata sul punto dal d.lgs. n. 626 del 1994 abbia semplicemente ripristinato la vecchia e sperimentata formula contenuta nel d.pr. n. 547 del 1955 – art. 4 – e anche nel d.pr. n. 303 del 1956, secondo cui i collaboratori del datore di lavoro sono, al pari di quest'ultimo, da considerare, per il fatto stesso di essere inquadrati come dirigenti o preposti e, nell'ambito delle rispettive attribuzioni e competenze, destinatari *iure proprio* dell'osservanza dei precetti antinfortunistici, indipendentemente dal conferimento di una delega *ad hoc*.

Le due tesi meritano entrambe, secondo questa dottrina, la dovuta attenzione. Ma, è evidente che vada operata una scelta che, ad avviso della Suprema Corte, deve necessariamente cadere sulla seconda tesi.

Sembra, invero, doversi affermare, innanzitutto, che è la stessa formulazione della norma negli stessi, pressoché identici, termini usati dal d.pr. n. 547 del 1955, art. 4 – che consente di ritenere che il legislatore abbia voluto rendere i dirigenti e i preposti destinatari delle norme antinfortunistiche *iure proprio*, prescindendo dalla eventuale delega. E ciò anche alla luce della storia dell'applicazione delle norme antinfortunistiche, successiva all'entrata in vigore del d.pr. n. 547 del 1955, storia che insegna che la ragionevole articolazione del potere di intervento *iure proprio* e, quindi, l'attribuzione di questo potere ai dirigenti ed ai preposti, quotidianamente presenti nel luogo di lavoro e, pertanto, a costante contatto dei lavoratori, non può, di norma, che rendere, più immediata e, quindi, più incisiva ed efficace la tutela antinfortunistica.

In secondo luogo, è la stessa intestazione della rubrica dell'art. 4 («obblighi del datore di lavoro, del dirigente e del preposto») che può far ritenere – lo sottolinea la medesima dottrina – che per questi due ultimi soggetti sia stata prevista una investitura originaria e non derivata dei doveri di sicurezza, come conferma la circostanza che il nuovo art. 18 d.lgs. n. 81/2008 (a differenza del previgente art. 4 d.lgs. n. 626/1994 novellato dal d.lgs. n. 242 del 1996 che elencava obblighi riferibili unicamente al datore di lavoro), individua oggi gli «obblighi del datore di lavoro e del dirigente» differenziandoli da quelli del preposto, cui, per la prima volta, viene dedicata un'autonoma trattazione ed attenzione (art. 19). La differenza con l'abrogato testo del d.lgs. n. 626/1994 non è, peraltro, decisiva, dovendosi sul punto opportunamente aggiungere che, se l'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994 parlava sempre e soltanto del datore di lavoro, l'art. 89 dello stesso decreto, dedicato alle sanzioni per le contravvenzioni commesse dai datori di lavoro e dai dirigenti, prevedeva,

nel comma 2, che anche il dirigente, oltre che il datore di lavoro, potesse essere punito per la violazione dell'art. 4, comma 5, lett. b), d), e), h), l), n), q) e ciò nonostante che il dirigente non fosse nominato nell'art. 4 (era, a tal proposito, sufficiente scorrere il contenuto di queste disposizioni per cogliere che il dirigente fosse già da prima investito di dettagliate responsabilità in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro).

Il nuovo testo dell'art. 18, quindi, riconferma la bontà dell'esegesi giurisprudenziale, individuando in maniera dettagliata le responsabilità del datore di lavoro e quelle del dirigente cui incombono gli obblighi specificati in maniera indifferenziata, come si desume dal riferimento contenuto nel testo al comma primo della citata disposizione («devono»), fermo restando che tali obblighi scaturiscono per «i dirigenti, che organizzano e dirigono le stesse attività secondo le attribuzioni e competenze ad essi conferite»: ciò comporta, pertanto, la non necessarietà della delega per i dirigenti che, oltre la qualifica, abbiano le competenze e le responsabilità dirigenziali in base allo specifico conferimento dell'incarico loro attribuito dal datore di lavoro all'atto dell'investitura. Ciò, in altri termini, significa che il dirigente che sia investito di «attribuzioni e competenze» dirigenziali da parte del datore di lavoro non necessiterà di alcun atto di specifica delega per l'assolvimento degli obblighi indicati dal comma primo dell'art. 18, obblighi, come detto, indifferentemente incombenti al datore di lavoro ed al dirigente che organizza e dirige le stesse attività secondo le attribuzioni e competenze a quest'ultimo conferite dal datore di lavoro.

Diversa valutazione, invece, deve esprimersi con riferimento all'assolvimento degli obblighi di cui al comma secondo della citata disposizione.

Ed invero, in quest'ultimo caso la norma è chiara nell'individuare quale soggetto obbligato il solo «datore di lavoro» in via esclusiva, ciò che da un lato, comporta che l'obbligo di fornire al servizio di prevenzione e protezione ed al medico competente informazioni in merito a quanto elencato (natura dei rischi; organizzazione del lavoro, programmazione ed attuazione delle misure preventive e protettive; descrizione degli impianti e dei processi produttivi; dati di cui al comma 1, lettera r), e quelli relativi alle malattie professionali; provvedimenti adottati dagli organi di vigilanza) incombe al datore che, tuttavia, dall'altro, ben potrà provvedere all'attribuzione di tale obbligo di informazione al dirigente attraverso il messianismo tipico della delega di funzioni, trattandosi, come è agevole rendersi conto, di adempimenti perfettamente delegabili *ex art.* 16 d.lgs. n. 81/2008, in quanto non esclusi dall'art. 17.

5.1. Il ruolo dell'art. 2087 c.c.

L'art. 2087 c.c. intitolato «*Tutela sulle condizioni di lavoro*» ha una precisa attinenza con la problematica oggetto di questa trattazione, relativamen-

te al dovere di salvaguardia della integrità psico-fisica del prestatore di lavoro a carico del datore di lavoro, che, pertanto, deve adottare tutte le misure ritenute anche alla luce delle risultanze tecniche le più adeguate a garantire la sicurezza sul lavoro.

Il legislatore, quindi, ha voluto formalizzare la sussistenza di tale obbligo a carico del datore di lavoro al punto che uno dei limiti di cui all'art. 41 della Costituzione concerne proprio il potere direttivo e organizzativo dell'azienda che, comunque, non può prescindere dal rispetto della normativa in materia prevenzionistica.

Ad avviso della Corte di Cassazione la tutela della salute, disciplinata dall'art. 32 della Costituzione è rafforzata dall'art. 2087, per cui «il mancato adeguamento dell'organico che abbia determinato un eccessivo impegno da parte del lavoratore, ovvero il mancato impedimento di un super lavoro eccedente – secondo le regole di esperienza – la normale tollerabilità, con conseguente danno per la salute del lavoratore stesso, costituiscono violazione, oltre che dell'art. 41, comma 2, della Costituzione, della regola contenuta nell'art. 2087 c.c., con responsabilità contrattuale»¹⁶.

In virtù di tale sentenza emerge che il potere dell'imprenditore, così come riconosciuto dall'art. 41 della costituzione non è di per sé assoluto in quanto deve sempre relazionarsi con il limite imprescindibile dato dalla necessità di non arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

Nella stessa pronuncia la suprema Corte ha ritenuto sussistente il danno biologico del lavoratore in relazione alla inosservanza dell'obbligo del datore di lavoro di non operare dequalificazioni offensive della dignità del lavoratore: «l'imprenditore è tenuto nell'esercizio dell'impresa ad adottare 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... in ottemperanza al precetto costituzionale di cui all'art. 41 secondo comma Cost. il datore di lavoro non può esimersi dall'adottare tutte le misure necessarie, compreso l'adeguamento dell'organico, volte ad assicurare livelli competitivi di produttività, senza, tuttavia, compromettere l'integrità psico-fisica dei lavoratori soggetti al suo potere organizzativo di dimensionamento delle strutture aziendali».

Si evince una responsabilità di tipo contrattuale a carico del datore di lavoro che scaturisce dalla inosservanza di un obbligo stabilito dalla Costituzione e che si caratterizza per rappresentare un limite all'esercizio del diritto di cui all'art. 41 della Cost. tale limite consiste nell'obbligo di non recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana.

¹⁶ Cass. Civ., 1 settembre 1997 n. 8267, Lavenuta c/Ente autonomo Fiera del Levante, in *Ced Cass.*, 507360.

Il lavoratore è chiamato a provare l'inadempimento di tale obbligo ma una volta dimostrata la sussistenza di tale inadempimento non occorre procedere alla successiva dimostrazione della sussistenza della colpa in capo al datore di lavoro.

Si assiste in questa ipotesi alla cosiddetta «inversione dell'onere della prova» per cui il datore di lavoro dovrà dimostrare che l'evento lesivo dipenda da un fatto a lui non imputabile e cioè da un fatto che presenti le caratteristiche della abnormalità, della inopinabilità e della esorbitanza in relazione al procedimento lavorativo ed alle direttive impartite.

La suprema Corte, già nel 1996 aveva sottolineato lo stretto legame esistente tra la normativa in materia antinfortunistica e il dettato dell'art. 32 della Costituzione, ribadendo che il datore di lavoro è soggetto sia a norme costituzionali che civilistiche, oltre a quelle speciali del decreto n. 626/1994¹⁷.

Come conseguenza di tale premessa la suprema Corte nella citata sentenza ha affermato che la sicurezza, in senso lato, non può essere subordinata a criteri di fattibilità economica o produttiva ma che l'imprenditore deve attuare le misure necessarie per assicurare la salute dei lavoratori in modo conforme al disposto dell'art. 32 Cost.

L'importanza di tale sentenza sta nel fatto che, tra gli altri principi in essa contenuti, fornisce una interpretazione 'dinamica' dell'art. 2087 c.c. che va al di là della sua interpretazione in senso letterale per sposare quella di tipo teleologico.

Infatti, gli obblighi del datore di lavoro non si esauriscono solo alle attrezzature, ai macchinari e ai servizi che egli deve fornire ma si estendono anche all'ambiente di lavoro «in relazione al quale le misure e le cautele da adottarsi dall'imprenditore devono prevenire sia i rischi insiti in quell'ambiente, sia i rischi derivanti dall'azione di fattori ad esso esterni e inerenti al luogo in cui tale ambiente si trova¹⁸.

Il datore di lavoro deve, pertanto rappresentarsi l'evento sia tenendo conto del tipo di lavoro che è in essere sia essendo a conoscenza della tecnica, oltre che depositario della relativa esperienza. Alla luce di tali

¹⁷ Cass. Civ., sentenza n. 399/1996: «l'art. 2087 c.c. abbraccia ogni tipo di misura utile a garantire il diritto soggettivo dei lavoratori ad operare in un ambiente esente da rischi ... la salute è un bene primario che assurge a diritto fondamentale della persona ed impone piena ed esaustiva tutela, tale da operare sia in ambito pubblicistico che nei rapporti di diritto privato ... La tutela della salute riguarda la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale ... non sono soltanto le norme costituzionali (artt. 32 e 41) ad imporre ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori ... L'art. 2087 del codice civile stabilisce che l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa tutte le misure che, secondo l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

¹⁸ Cass. Pen., sez. IV, sentenza n. 940/1995.

parametri è chiamato ad adottare tutte le misure più consone ed aggiornate al fine di realizzare la prevedibilità¹⁹.

All'epoca della sua introduzione nel sistema del diritto del lavoro, la disposizione dell'art. 2087 c.c., nonostante la sua profonda innovatività per il periodo storico della sua elaborazione, aveva indubbiamente dei limiti esegetici, oggi rimossi grazie soprattutto alla lettura rinnovata condotta alla luce di un'interpretazione in linea con i nuovi principi stabiliti dalla normativa di derivazione europea.

In questo quadro di valutazione, si può affermare che già il d.lgs. n. 626/1994 aveva costituito una tappa di significativa e incisiva valorizzazione di quei medesimi principi già espressi dall'art. 2087 c.c., principi che oggi continuano ad essere attualissimi anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008.

Può, quindi, ben affermarsi con autorevole dottrina²⁰ come «Sia i principi generali, sia le previsioni particolari contenute nel d.lgs. n. 81/2008 confermano che l'adempimento degli obblighi di sicurezza e di salute da parte del datore di lavoro deve trasfondersi in un programma di prevenzione il quale non può assolutamente prescindere, oltre che dalla natura della attività svolta, anche dalla valutazione dei cosiddetti «fattori di variabilità individuale» propri di ciascun lavoratore, dei quali l'art. 2087, c.c., è un precursore elemento a difesa».

6. *La delega di funzioni in materia antinfortunistica prima del d.lgs. n. 81/2008*

A differenza di quanto già visto in diritto amministrativo, nel diritto penale la delega si identifica con quell'atto con cui l'obbligato originario devolve volontariamente alcuni degli obblighi originariamente suoi ad un altro soggetto (delegato), che per effetto di tale atto diviene responsabile del loro adempimento.

L'istituto della delega è nato per consentire di trasferire su altri una responsabilità, conseguente alla violazione di norme penali, che altrimenti sarebbe propria.

La genesi di tale istituto, va ricercata nella progressiva spersonalizzazione dell'attività imprenditoriale che rende sempre più difficile per il naturale destinatario del precetto penale (*id est*, datore di lavoro), adempiere personalmente agli obblighi imposti dalla legge, perciò è necessario potere affidare ad altri soggetti specificamente individuati, il compito di vigilare sulla concreta applicazione di tali norme.

¹⁹ Cass. Pen., n. 5048/1998.

²⁰ SOPRANI, *La nozione di «prevenzione» nel Testo unico e l'art. 2087, c.c.*, in *A&S*, 4, 2009, 59 ss.

In dottrina, in particolare, si afferma che «La delega di funzioni assume dunque un rilievo fondamentale per la possibilità di aumentare in concreto i tassi di sicurezza e abbattere le perdite economiche relative agli infortuni sul lavoro, diventando in tal senso non più una scelta meramente discrezionale, ma una necessità»²¹.

Nel caso della azienda sanitaria sussistono le condizioni richieste dalla giurisprudenza perché tale istituto possa essere applicato.

La piena legittimazione dell'istituto della delega di funzioni era stata raggiunta solo con il d.lgs. n. 626/1994 in quanto, prima di tale data, erano la giurisprudenza e la dottrina che, da sole, avevano ammesso il ricorso a tale possibilità.

È, appunto, a seguito della emanazione del decreto n. 626/94 e, successivamente, con il decreto n. 242/1996 che il legislatore ha introdotto le dovute precisazioni in materia di delega, stabilendo nell'art. 1, comma 4-ter, i casi in cui la delega deve ritenersi inammissibile in modo da doversi riconoscere la legittimità e la validità della delega nelle ipotesi non espressamente vietate da tale articolo.

In dottrina è stata accolta la tesi in base alla quale i precetti preventivi di maggiore importanza sono di competenza e rientrano nella responsabilità del rappresentante legale, mentre gli aspetti attuativi del programma di apprestamento delle misure possono venire delegati ai dirigenti e/o ai preposti.

7. I requisiti «oggettivi» e «soggettivi» della delega di funzioni

Da una ricognizione effettuata avendo presente gli studi condotti dalla dottrina²² e le pronunce giurisprudenziali, i requisiti (di carattere «oggettivo» ovvero «soggettivo») richiesti affinché la delega sia valida anche ai sensi del nuovo d.lgs. n. 81/2008 (artt. 16 e 17), risultano essere i seguenti:

1. forma;
2. competenza tecnica del delegato;

²¹ P. GALDIERI, *Una valutazione che deve prescindere dal contenuto della delibera di nomina*, commento alla sentenza n. 36769/2004 della Cassazione, Sez. IV penale).

²² Per i primi commenti sulla nuova disciplina in tema di delega di funzioni dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008, si rimanda alla lettura dei contributi di C. BRUSCO, *La delega di funzioni alle luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008, 2767 ss., C. PUGNOLI, *Sicurezza sul lavoro: delega di funzioni*, in *Dir. & Prat. Lav.*, n. 32, 2008, 1833 ss., A. LEVI, *Delega di funzioni e sicurezza nei cantieri*, in *Dir. & Prat. Lav.*, n. 40, 2008, 2282 ss., G. ALICE, A. DE SANTIS, A. DE LORENZIS, *Le deleghe di funzioni nel Testo unico sicurezza lavoro*, in *Guida al lav.*, n. 31, 2008, 30 ss., E. CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 500 ss.

3. effettività;
4. autonomia di spesa;
5. non ingerenza del delegante;
6. dimensione dell'impresa;
7. accettazione per iscritto della delega;
8. pubblicità della delega;
9. necessità che il delegante vigili sull'attività del delegato;
10. specificità della delega.

Esaminamoli partitamente.

7.1. La forma

Il primo requisito «oggettivo» della delega è la forma con cui l'atto di delega deve essere conferito.

Tale elemento deve essere espresso e non tacito ed avere un contenuto chiaro, in modo che il delegato sia messo in grado di conoscere le responsabilità che gli sono attribuite²³.

Mentre in un primo momento la giurisprudenza dominante aveva ritenuto che la forma della delega dovesse essere scritta, recentemente anche tale criterio era venuto meno a seguito di alcune decisioni della Corte di Cassazione che avevano stabilito che affinché la delega di attribuzioni all'interno dell'azienda sia seria e reale, e non un mezzo artificioso per scaricare la responsabilità, è necessario che abbia forma espressa e non tacita, oltre a possedere un contenuto chiaro, in modo che il delegato sia messo in grado di conoscere le responsabilità che gli sono attribuite, senza per questo, che sia necessaria una prova scritta dell'esistenza della delega poiché ciò non è previsto da alcuna norma²⁴.

Si trattava, però, di una giurisprudenza isolata²⁵, successivamente rettificata da ulteriori decisioni della Corte che, in particolare, avevano

²³ Vedi tra le tante: Cass., Sez. III, 2 luglio 1994, n. 7548, Pescetelli, in *Ced Cass.*, 198381.

²⁴ Cass., Sez. III, 26 maggio 2003, n. 22931, Conci, in *Ced Cass.*, 225322.

²⁵ Anche se seguita da recentissime pronunce: cfr., ad esempio, Cass., Sez. III, 6 agosto 2007, n. 32014, Cavallo, in *Ced Cass.*, 237141, secondo cui la delega può anche essere conferita oralmente dal titolare dell'impresa, non essendo richiesta per la sua validità la forma scritta né *ad substantiam* né *ad probationem*, posto che l'efficacia devolutiva dell'atto di delega è subordinata all'esistenza di un atto traslativo delle funzioni delegate connotato unicamente dal requisito della certezza che prescinde dalla forma impiegata, salvo che per il settore pubblico in cui è invece richiesto l'atto scritto di delega. La Corte, nell'enunciare il predetto principio, ha ulteriormente affermato che l'atto scritto di delega nel settore privato ha solo la funzione di facilitare la verifica del suo conferimento e del relativo contenuto.

chiarito come «[...] la necessità di una forma scritta deve affermarsi nel settore pubblico, giacché nel diritto amministrativo vige l'esigenza di una formalizzazione dei rapporti organizzativi al fine di predicare all'esterno la posizione assunta all'interno della struttura. Pertanto, attesa la formula generica della forma 'espressa' e del contenuto chiaro e considerato l'onere probatorio incombente sul soggetto titolare dell'obbligo di garanzia, la predisposizione di ordini di servizio per iscritto, di norme interne, di organigrammi e di deleghe scritte facilitano la dimostrazione della sua esistenza prima della commissione del fatto criminoso e servono a semplificare la prova degli altri requisiti»²⁶.

Analogamente, si escludeva che la delega potesse essere inespressa o implicita, e che si potesse presumerla solo dalla ripartizione interna all'azienda dei compiti assegnati ad altri dipendenti o dalle dimensioni dell'impresa stessa²⁷.

Il nuovo d.lgs. n. 81/2008 supera i problemi interpretativi richiedendo *sempre e comunque* la forma scritta dell'atto di delega (art. 16, comma 1, lett. a): «1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: a) che essa risulti da atto scritto recante data certa».

Deve, quindi, ritenersi che, non operando il legislatore alcuna distinzione, la forma scritta sia sempre necessaria a prescindere dalla natura (privata o pubblica) del soggetto delegante.

A ciò, ancora, si aggiunge che la delega, oltre a risultare da atto scritto, debba avere «data certa».

Tale requisito è imposto per garantire la necessaria anteriorità dell'atto di delega rispetto al verificarsi dell'infortunio. L'intenzione del legislatore è infatti quella di far apporre sul documento una data che non sia falsificabile da soggetti terzi compiacenti, come eventuali soggetti che emettono fatture o componenti che presiedono una riunione, i quali potrebbero avere interessi diretti o indiretti a far valere una data diversa da quella effettiva di redazione²⁸.

²⁶ Cass., Sez. III, 7 ottobre 2004, n. 39268, Beltrami ed altro, in *Ced Cass.*, 230087.

²⁷ Cass., sez. IV, 25 agosto 2000, n. 9343, Archetti, in *Ced Cass.*, 216727.

²⁸ In dottrina, peraltro, ci si è chiesti come sia possibile conciliare la previsione della forma scritta, che sembrerebbe richiesta per la validità della delega (cosiddetta *ad substantiam*), con il recepimento espresso del principio di effettività operato dagli artt. 2 e 299 d.lgs. n. 81 del 2008. Secondo alcuni (PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 830) si tratterebbe di forma scritta richiesta *ad probationem* come sarebbe reso evidente dall'uso del verbo «risultare»; altri, invece (CRIVELLIN, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 508, che trae conferma normativa dall'art. 16, lett. a) del TU del 2008 che «specificando l'ammissibilità della delega nel rispetto dei «seguenti limiti e condizioni», considera la forma scritta come requisito *ad substantiam*»; C. BRUSCO, *La delega di funzioni alle luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi*

Come si fa a dare data certa ad un documento?

Senza pretesa di indicare in modo esauriente tutti i possibili strumenti idonei ad assegnare al documento una data certa, possono essere indicate le seguenti possibilità che appaiono utilmente utilizzabili:

- a) ricorso alla cosiddetta «autoprestazione» presso uffici postali prevista dall'art. 8 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261²⁹, con apposizione del timbro direttamente sul documento avente corpo unico, anziché sull'involucro che lo contiene;
- b) in particolare, per le amministrazioni pubbliche, adozione di un atto deliberativo di cui sia certa la data in base alla disciplina della formazione, numerazione e pubblicazione dell'atto;
- c) apposizione della cosiddetta *marca temporale* sui documenti informatici³⁰;
- d) apposizione di autentica, deposito del documento o vidimazione di un verbale, in conformità alla legge notarile; formazione di un atto pubblico;
- e) registrazione o produzione del documento a norma di legge presso un ufficio pubblico.

7.2. La competenza tecnica del delegato

Il primo requisito «soggettivo» richiesto per l'effettività dell'atto di delega è rappresentato dalla competenza tecnica del delegato.

Il soggetto nominato delegato deve possedere una competenza tecnica, cioè deve essere idoneo a svolgere il compito assegnatogli.

La mancanza di tale requisito comporta una responsabilità penale a carico del delegante per una inadeguata individuazione del soggetto delegato, cosiddetta *culpa in eligendo*.

La suprema Corte aveva infatti affermato già prima dell'entrata in vigore del nuovo d.lgs. n. 81/2008, che il datore di lavoro non è respon-

di lavoro, in *Giur. merito*, 2008, 2781) – fortemente critico con tale soluzione in quanto la ritiene difficilmente conciliabile con la necessità della data certa e con la circostanza che l'accettazione della delega debba avvenire per iscritto –, affermano che non esiste alcuna «contraddizione tra le due previsioni: una delega non valida perché priva dei requisiti di forma non libera il delegante dai suoi obblighi; ma se il delegato ha operato esercitando in concreto i poteri invalidamente trasferitigli risponderà delle sue condotte».

²⁹ Recante *Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio* (GU. n. 182 del 5 agosto 1999).

³⁰ Vedi, in particolare: art. 15, comma 2, legge 15 marzo 1997, n. 59; d.pr. 10 novembre 1997, n. 513, abrogato e sostituito dall'art. 77, d.pr. 28 dicembre 2000, n. 445; artt. 52 ss. d.pcm. 8 febbraio 1999, abrogato e sostituito dall'art. 54, d.pcm. 13 gennaio 2004.

sabile per violazione delle norme antinfortunistiche qualora si sia fatto coadiuvare da un dirigente all'uopo preposto, persona che deve essere tecnicamente affidabile³¹.

In materia di responsabilità colposa, quindi, il committente di lavori dati in appalto deve adeguare la sua condotta a due fondamentali regole di diligenza e prudenza:

- a) scegliere l'appaltatore e più in generale il soggetto al quale affida l'incarico, accertando che la persona a cui si rivolge sia non soltanto munita dei titoli di idoneità prescritti dalla legge, ma anche della capacità tecnica e professionale, proporzionata al tipo astratto di attività commissionata ed alle concrete modalità di espletamento della stessa;
- b) necessità, inoltre, che il datore di lavoro fornisca tutti gli strumenti tecnici necessari affinché il delegato possa assolvere alle funzioni cui è preposto.

A tale proposito esistono diversi riferimenti giurisprudenziali dai quali si evinceva che in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, è stata sempre riconosciuta la responsabilità dell'imprenditore, a prescindere dall'eventuale delega, quando l'infortunio deriva da una situazione di assoluta inadeguatezza degli impianti in relazione alle esigenze di tutela della integrità fisica dei lavoratori.

Il nuovo d.lgs. n. 81/2008 *ribadisce* la necessità di tale requisito ai fini dell'efficacia della delega, come previsto dall'art. 16, comma 1, lett. b): «1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: [...] b) che il delegato possenga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate».

7.3. Effettività

Altro requisito «oggettivo» della delega è l'effettività.

Oltre alla idoneità tecnica e professionale del delegato, occorre che il datore di lavoro fornisca tutti gli strumenti tecnici necessari affinché il delegato possa assolvere alle funzioni cui è preposto.

Tale requisito era già stato affermato dalla giurisprudenza di legittimità antecedente all'entrata in vigore del nuovo d.lgs. n. 81/2008³².

³¹ Cfr., tra le tante: Cass., Sez. IV, 12 dicembre 1995, n. 12297, Villa ed altro, in *Ced Cass.*, 203134; Cass., sez. IV, 24 aprile 1995, n. 4432, Merlo, in *Ced Cass.*, 201505; Cass., Sez. II, 3 marzo 1992, n. 2329, Stravato ed altri, in *Ced Cass.*, 189173.

³² Vedi *ex multis*: Cass., Sez. IV, 10 gennaio 1981, n. 195, Kofler, in *Ced Cass.*, 147275.

Il nuovo TU sulla sicurezza, riconferma la necessità dell'effettività della delega, come richiesto dall'art. 16, comma 1, lett. c): «1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: c) che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate».

7.4. *Autonomia di spesa*

Requisito «oggettivo» della delega, l'attribuzione di un potere congruo di spesa al delegato costituisce *condicio sine qua non* per l'efficacia della delega.

Autonomia di spesa significa non dover essere ogni volta autorizzati dal delegante in caso di necessità di impiego delle somme stanziare per finalità inerenti l'adempimento degli obblighi prevenzionistici.

Il concetto di autonomia comprende anche la disponibilità, da parte del delegato, dei mezzi finanziari necessari per l'espletamento dei poteri attribuitigli.

In assenza di tale autonomia di spesa, rimane comunque l'esclusiva responsabilità del delegato solo qualora questi non si attivi per richiedere a chi ha poteri di spesa l'acquisto di ciò che serve per garantire la sicurezza sul luogo di lavoro.

Diversamente, in caso di attribuzione di autonomia finanziaria, non sarà escluso l'obbligo di rendiconto del delegato al delegante, che invece deve essere sempre assolto, anche per consentire al delegante il corretto adempimento delle funzioni delegate, in quanto investire in prevenzione deve essere valutato non solo come utilità ma anche come costo (beninteso, sempre necessario da sostenere) per l'impresa.

Già prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina dettata dal d.lgs. n. 81/2008, la giurisprudenza aveva più volte ribadito la necessità di tale requisito ai fini di valicare l'atto di delega conferito, affermando come la delega non accompagnata dalla dotazione al delegato di mezzi finanziari idonei a consentirgli di fare fronte in piena autonomia alle esigenze di prevenzione degli infortuni, non è sufficiente a sollevare il datore di lavoro dai propri obblighi in materia e a liberarlo dalla responsabilità per l'infortunio conseguito alla mancata predisposizione dei necessari presidi di sicurezza³³.

Il d.lgs. n. 81/2008 riconferma la necessità dell'autonomia finanziaria quale condizione necessaria della delega, in particolare stabilendo all'art. 16, comma 1, lett. d) che:

³³ Vedi tra le tante: Cass., Sez. II, 20 settembre 1994, n. 9994, Cairo, in *Ced Cass.*, 198815; Cass., Sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 7709, Augusto e altri, in *Ced Cass.*, 238526.

«1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:

d) che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate».

Proprio il riferimento all'autonomia di spesa «necessaria» presuppone che l'autonomia finanziaria non debba essere illimitata, essendo invece sufficiente che la stessa sia congrua rispetto ai poteri attribuiti.

Sotto tale profilo, è consigliabile evitare di precisare i limiti di spesa nella delega e di farli eventualmente risultare dalla procura notarile nel caso in cui si voglia limitare il potere di rappresentanza del delegato ad acquisti da cui derivi un impegno di spesa inferiore ad una determinata somma.

Ciò ovviamente presuppone che sia rispettato un ulteriore requisito che l'atto di delega deve rivestire, non espressamente indicato dalla legge ma implicitamente desumibile dal sistema: quello della «specificità» (vedi § 7.10).

7.5. Non ingerenza del delegante

Si tratta di un requisito «soggettivo».

Conseguenza di tale requisito è la piena autonomia decisionale del delegato nelle proprie azioni, attività e decisioni di spesa nelle quali non dovrà mai esserci alcuna forma di ingerenza da parte del delegante.

Quest'ultimo ha il dovere di intervenire solo nel caso in cui ravvisi una inerzia da parte del delegato in merito alla attuazione della normativa antinfortunistica.

Verificandosi tale ultima ipotesi, il delegante che non intervenga sarà chiamato a rispondere, con conseguenze di tipo penali, per la mancata vigilanza (cosiddetta *culpa in vigilando*).

Il concetto di autonomia comprendeva, secondo la giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008, anche la disponibilità, da parte del delegato, dei mezzi finanziari necessari per l'espletamento dei poteri attribuitigli.

In tal senso si era pronunciata non solo la giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione³⁴, ma anche dei giudici amministrativi³⁵, hanno

³⁴ Cass., Sez. IV, 28 gennaio 1997, n. 523, Perilli ed altro, in *Ced Cass.*, 206644; Cass., Sez. IV, 24 giugno 2000, n. 7402, Mantero, in *Ced Cass.*, 216475; Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2003, n. 988, Macola ed altro, in *Ced Cass.*, 226999.

³⁵ Cfr., ad es., Tar Umbria 11 novembre 1998, n. 1032: il dipendente nominato «datore di lavoro» ai sensi del d.lgs. n. 626/94 e dunque responsabile della sicurezza sul lavoro dei propri subordinati, qualora disponga di poteri di gestione ma non di autonomia di spesa, potrà incorrere in responsabilità solo ove non richieda a chi ha poteri di spesa l'acquisto di ciò che serve per scongiurare incidenti.

precisato che la responsabilità in capo al delegato resta allorquando egli, pur in assenza di autonomia di spesa, non abbia chiesto a chi ha tali poteri di spesa l'acquisto di ciò che serve per garantire la sicurezza sul luogo di lavoro.

Il nuovo d.lgs. n. 81/2008 *riconferma* «indirettamente» il requisito della non ingerenza del delegante nell'attività del delegato, come si evince dalla precisazione (art. 16, comma 3) secondo cui «La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite» (vedi, *amplius* il successivo punto 7.9)³⁶.

7.6. Dimensione dell'impresa

Tipico requisito di «carattere «oggettivo», non più espressamente richiesto dal nuovo TU sicurezza.

La dimensione della impresa non è più considerata quale *conditio sine qua non* per la ammissibilità della delega in quanto la stessa può essere conferita anche in aziende di media dimensione con organizzazione di tipo piramidale, così come è ammessa nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia più imprese da gestire.

In precedenza, invece, la giurisprudenza di legittimità riteneva che solo nell'ipotesi in cui l'organizzazione aziendale lo imponesse, il datore di lavoro poteva delegare ai suoi collaboratori l'espletamento di attività penalmente sanzionate, fermo restando il dovere di vigilanza sul delegato o di predisporre ogni misura idonea, affinché il controllo possa essere svolto in concreto, eventualmente affidando il compito a soggetti particolarmente qualificati.

La sua responsabilità in questa ipotesi sussisteva (e sussiste) soltanto se sia riscontrabile una difettosa od omessa verifica ovvero una scelta impropria del collaboratore ovvero ancora un nesso causale tra la sua condotta cosciente e volontaria e l'illecito realizzato³⁷.

Tale concetto è stato riaffermato da successive pronunce della suprema Corte che avevano confermato la possibilità, all'interno delle piccole imprese, di potere ricorrere a tale strumento³⁸.

³⁶ Concorda con tale opinione, in dottrina, C. BRUSCO. (*La delega di funzioni alle luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008, 2783), secondo cui pur non avendo la norma specificamente disposto nulla sull'ingerenza, non sembra potersi pervenire «su questo punto – anche per l'espresso recepimento del principio di effettività – a conclusioni diverse posto che l'ingerenza ... pone nel nulla gli effetti della delega».

³⁷ Cosiddetta «politica d'impresa»: Cass., Sez. III, 8 marzo 1986, n. 1910, Visotto, in *Ced Cass.*, 172040.

³⁸ Cass., Sez. III, 26 maggio 2003, n. 22931, Conci, in *Ced Cass.*, 225322.

Con la citata sentenza si esime l'imprenditore da responsabilità penale anche se ha esercitato il diritto di delega in un contesto lavorativo dalle dimensioni «non complesse», tali cioè da non giustificare la necessità di trasferire compiti e responsabilità proprie ad altri. La valutazione della dimensione della impresa quale requisito per potere utilizzare l'istituto della delega è stata determinata dalla giurisprudenza in un primo momento avendo riguardo solo all'aspetto quantitativo e, successivamente, si è tenuto conto della 'qualità' dell'organizzazione in termini di complessità del sistema lavorativo.

A seguito dell'entrata in vigore della L. 15 luglio 2002, n. 145, recante disposizioni per il riordino della dirigenza statale, è stato aggiunto all'art. 17 del d.lgs. n. 165/2001, il comma 1-*bis*, il quale permette ai dirigenti di potere esercitare il potere di delega nei confronti dei dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate nell'ambito degli uffici ad essi affidati³⁹.

Si trattava, quindi, di accertare gli ambiti di tale delega.

A tale obiettivo deve pervenirsi attraverso una lettura congiunta degli articoli 1, comma 4-*ter* del d.lgs. n. 626/1994 (oggi, art. 17 del d.lgs. n. 81/2008) e dell'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 165/01.

Poiché il decreto in materia di prevenzione nei luoghi di lavoro era (ed è) considerato quale norma specifica rispetto a quella generale di cui al Decreto n. 165/01, e quindi prevalente, si deduceva che non tutte le funzioni dirigenziali fossero delegabili e, precisamente, che restavano escluse da tale novero le seguenti:

1. la valutazione circa i rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori;
2. l'individuazione delle misure di prevenzione e di protezione e dei dispositivi di protezione individuale;
3. il documento programmatico delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza;
4. la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione;
5. la nomina del medico competente;
6. la indizione, almeno una volta l'anno, di una riunione alla quale partecipano: il datore di lavoro o un suo rappresentante, il responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi, il rappresentante della sicurezza.

³⁹ Che così recita: «1-*bis*. I dirigenti, per specifiche e comprovate ragioni di servizio, possono delegare per un periodo di tempo determinato, con atto scritto e motivato, alcune delle competenze comprese nelle funzioni di cui alle lettere b), d) ed e) del comma 1 a dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate nell'ambito degli uffici ad essi affidati. Non si applica in ogni caso l'articolo 2103 del codice civile».

Di conseguenza, tutti gli altri obblighi, previa l'adozione di determinate modalità, sarebbero stati delegabili dal datore di lavoro.

La questione deve, però, ritenersi ormai superata dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008 che, infatti, all'art. 17 specificamente stabilisce che: «1. Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività: a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28; b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi».

Ciò, in altri termini significa che, per espressa previsione legislativa, tutti gli adempimenti diversi da quelli «non delegabili» tassativamente indicati dall'art. 17 possono essere delegati dal datore di lavoro.

Premesso quanto sopra, in ogni caso, il ricorso alla delega di funzioni – pur nel silenzio del legislatore del 2008 – richiede pur sempre la presenza di una struttura aziendale avente i caratteri della «complessità gestionale»: in altre parole, l'azienda deve essere di dimensioni tali da imporre o rendere plausibile la necessità del trasferimento delle funzioni al fine di garantire la effettiva attuazione delle norme di igiene e di sicurezza.

È evidente, infatti, che l'esigenza di individuare le aree di responsabilità nel settore della prevenzione degli infortuni e dell'igiene nei luoghi di lavoro, risente del condizionamento derivante dal fenomeno legato alla ripartizione delle competenze. Accade così che le violazioni traggono il più delle volte origine dalle condotte materiali di più soggetti, il che pone il problema della distinzione dei singoli profili di responsabilità.

Si ritiene, quindi, di poter ragionevolmente affermare che anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008 per aversi una delega efficace ed effettività debba comunque esistere la «necessità» della delega, necessità da intendersi non sotto il profilo soggettivo (ovvero necessaria perché tale ritenuta dal datore di lavoro), quanto sotto quello oggettivo (ovvero necessaria perché imposta dalle dimensioni dell'impresa che non consentirebbero, oggettivamente, al datore di lavoro di attendere anche agli adempimenti prevenzionistici)⁴⁰. In tal senso, una conferma

⁴⁰ Parte della dottrina ritiene, invece, non più attuale il requisito della «necessità» della delega. Tra i sostenitori della tesi negativa CRIVELLIN (*La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 507), secondo cui «visto che il legislatore non si è occupato di questo profilo neppure nel T.U. del 2008, sembra logico arguire che la delega di funzioni possa trovare applicazione anche in contesti produttivi di non rilevanti dimensioni»; nello stesso senso, C. BRUSCO (*La delega di funzioni alle luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008, 2778), secondo cui «in presenza di una disciplina che ha indicato analiticamente i requisiti di validità delle delega non sarebbe giustificato richiederne altro non indicato e certamente non sconosciuto ai redattori della norma che hanno, in tutta evidenza, preso in considerazione i requisiti richiesti dalla giurisprudenza per la validità della delega. Tra l'altro, in mancanza dell'indicazione dei criteri per individuare quando un'impresa sia da considerare di grandi dimensioni, si attribuirebbe al giudice un'eccessiva discrezionalità valutativa».

può desumersi dall'atteggiamento assunto dalla giurisprudenza di legittimità coeva all'entrata in vigore del TU sicurezza che, infatti, ribadisce la attualità del requisito della «necessità» della delega affermando come «La validità della delega degli obblighi di cui è destinatario il datore di lavoro in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, quando la stessa non è espressa, ma si pretende implicita nella ripartizione di funzioni imposta dalla complessità dell'organizzazione aziendale, *dipende comunque dalle dimensioni dell'impresa in sé considerata*, senza tenere conto, qualora si tratti di una società controllata, anche delle dimensioni della sua eventuale controllante⁴¹.

In merito, infine, alla *vexata quaestio* della natura giuridica della delega di funzioni in ambito pubblicistico, può ritenersi che il dilemma vada risolto alla luce del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80⁴² e, quindi, se il datore di lavoro ai fini della sicurezza va fatto coincidere con il dirigente responsabile dell'ufficio, allora la delega assume i connotati di un atto privatistico di gestione; se, invece, il datore di lavoro viene fatto coincidere con l'organo politico di vertice, allora si rientra nell'ambito dei provvedimenti di natura amministrativa.

Adottare l'una o l'altra impostazione provoca una diversa individuazione dell'autorità giudiziaria competente a decidere eventuali controversie: giudice del lavoro o giudice amministrativo.

7.7. Accettazione per iscritto della delega

L'accettazione espressa e libera della delega da parte del delegato, unitamente alla sua consapevolezza degli obblighi di cui viene a gravarsi è stata sempre considerata dalla giurisprudenza di legittimità come requisito «soggettivo» necessario della delega⁴³.

Il nuovo TU della sicurezza riconferma la necessità di tale requisito, richiedendo peraltro – per esigenze di certezza ed a garanzia della consapevolezza degli obblighi in capo al delegato – che la accettazione debba avvenire per iscritto. Il nuovo art. 16, comma 1, lett. e) stabilisce infatti che: «1. La delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni: e) che la delega sia accettata dal delegato per iscritto».

⁴¹ Cass., Sez. IV, 29 febbraio 2008, n. 16465, Radrizzani, in *Ced Cass.*, 239537.

⁴² Recante «Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59» (GU 8 aprile 1998, n. 82, SO n. 65/L).

⁴³ Cass., sez. IV, 30 ottobre 1999, n. 12413, Massarenti, in *Ced Cass.*, 215009; Cass. sez. IV, 23 febbraio 1993, n. 1760, Iacono ed altro, in *Ced Cass.*, 193062.

7.8. Pubblicità della delega

La pubblicità della delega costituisce un tipico requisito «oggettivo» dell'atto di delega.

Rendere «pubblico» tale atto determina un doppio vantaggio:

- per il datore di lavoro che abbia provveduto a conferire una regolare delega, in quanto – rendendola pubblica – eviterà di essere sottoposto ad indagine, nelle more dell'accertamento da parte degli organi di vigilanza, dell'esistenza della regolare delega;
- per gli organi di vigilanza ed inquirenti poiché, una volta resa conoscibile la delega, potranno immediatamente individuare il soggetto responsabile della violazione accertata.

Il nuovo TU della sicurezza (art. 16, comma 2) richiede, peraltro, che: «Alla delega di cui al comma 1 deve essere data adeguata e tempestiva pubblicità».

Due sono quindi i requisiti che la pubblicità dell'atto di delega deve soddisfare, ovvero che la stessa sia:

- adeguata;
- tempestiva.

Quanto al requisito dell'*adeguatezza*, lo stesso può ritenersi soddisfatto nel caso in cui l'atto di delega sia assoggettato alla pubblicità prevista dagli artt. 2206 e 2209 c.c. (*iscrizione nel registro delle imprese*).

In particolare, l'art. 2206 c.c. stabilisce che: «La procura con sottoscrizione del preponente autenticata deve essere depositata per l'iscrizione presso il competente ufficio del registro delle imprese».

In mancanza dell'iscrizione, la rappresentanza si reputa generale e le limitazioni di essa non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione dell'affare».

L'art. 2209 c.c., aggiunge che: «Le disposizioni degli artt. 2206 e 2207 si applicano anche ai procuratori, i quali, in base a un rapporto continuativo, abbiano il potere di compiere per l'imprenditore gli atti pertinenti all'esercizio dell'impresa, pur non essendo preposti ad esso».

Deve, tuttavia, segnalarsi sul punto, un recente parere del Ministero dello sviluppo economico (parere n. 31280 del 7 ottobre 2008) che sembrerebbe legittimare un'interpretazione meno rigorosa del requisito dell'*adeguatezza*, affermando che la pubblicità della delega a terzi di funzioni da parte del datore di lavoro, con riferimento agli adempimenti in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, non deve essere data mediante iscrizione della figura del delegato nel registro delle imprese, essendo invece sufficiente che se ne dia notizia all'interno del luogo di lavoro.

In altri termini, ad avviso del Ministero, il fatto che l'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008 imponga l'obbligo della pubblicità del nominativo del delegato non comporta, in mancanza di espressa previsione, che lo strumento più adeguato sia il registro delle imprese: una forma di pubblicità interna ai luoghi di lavoro risulterà più efficace in quanto di apprendimento più facile e immediato.

Quanto al requisito della *tempestività*, non offrendo il legislatore alcun elemento interpretativo ed in assenza di indicazioni diverse, dovrà ritenersi tempestiva la pubblicità dell'atto delega effettuata dal datore di lavoro delegante depositata presso il registro delle imprese il giorno stesso ovvero il primo giorno lavorativo successivo al conferimento della stessa; ovvero, ancora, dovrà considerarsi rispettato tale requisito nel caso in cui, anziché provvedere all'iscrizione nel registro delle imprese, il delegante provveda – il giorno stesso ovvero il primo giorno lavorativo successivo al conferimento della delega – al suo invio, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, agli organi di vigilanza competenti per territorio.

Resta inteso, peraltro, che al fine di considerarla efficace ed effettiva la delega resa pubblica dovrà ovviamente rispettare i requisiti contenutistici indicati nell'art. 16.

7.9. Necessità che il delegante vigili sull'attività del delegato

I controlli e la vigilanza del delegante sull'attività o inattività del delegato rappresentano un tipico requisito «soggettivo» della delega che, a ben vedere, fa da pendant con il correlato divieto di ingerenza da parte del delegante nell'espletamento dell'attività del delegato.

La necessità che il delegante, per andare esente da responsabilità, svolga comunque attività di controllo e vigilanza sul corretto adempimento degli obblighi assunti dal delegato risponde all'esigenza di garantire che il delegante – datore di lavoro, una volta conferita la delega, non si disinteressi definitivamente delle modalità attraverso le quali il delegato svolge le proprie attribuzioni in materia.

Ciò, si badi, presuppone altresì che siano soddisfatte due condizioni:

1. l'insussistenza di una richiesta di intervento da parte del delegato;
2. l'ignoranza delle inadempienze o negligenze o della sopravvenuta inidoneità professionale del delegato: è necessario, infatti, ai fini dell'esclusione, che il delegante non sia in alcun modo venuto a conoscenza dell'inosservanza delle prescrizioni tecniche e giuridiche da parte del dirigente o del preposto.

Il delegato, in quanto «alter ego» del datore di lavoro, deve esercitare le attribuzioni delegategli in materia antinfortunistica con onestà e scrupolo,

per evitare il verificarsi di infortuni; ciò presuppone che, ove si manifestino difficoltà operative, debba informare immediatamente il delegante.

Proprio l'avvenuta informazione tempestiva escluderà l'esonero di responsabilità del delegante.

Non può del resto trovare applicazione, in materia, il noto *principio dell'affidamento*, non invocabile da parte del datore di lavoro, da un lato in quanto l'operatività del detto principio riguarda i fatti prevedibili e dall'altro atteso che esso comunque non opera nelle situazioni in cui sussiste una posizione di garanzia, come certamente è quella del datore di lavoro.

In tale contesto, quindi, il delegante non potrebbe esimersi dalla responsabilità penale asserendo di aver conferito una delega «perfetta», oggettivamente e soggettivamente, al delegato nel caso in cui si accerti un non corretto adempimento degli obblighi prevenzionistici da parte di quest'ultimo: residuerebbe, infatti, pur sempre la responsabilità del datore di lavoro – delegante a titolo di *culpa in vigilando*, ovvero per aver omesso il primo di esercitare il controllo sull'attività del delegato, controllo che ovviamente non significa ingerenza indebita nelle funzioni delegate.

In altri termini, il datore di lavoro – delegante sarebbe responsabile se, una volta conferita la delega, si ingerisse indebitamente nell'attività del delegato (ad esempio, impartendo istruzioni o direttive ai dipendenti, difformi da quelle impartite dal delegato), ciò in quanto il suo intervento, appunto perché indebito e lesivo dell'autonomia funzionale e gestionale che deve caratterizzare la delega conferita, determinerebbe un'automatica riassunzione in capo al delegante dei poteri prima attribuiti con la delega.

Diversamente, nessuna riassunzione dei poteri delegati si avrebbe nel caso in cui il delegante, nell'esercizio del suo controllo e vigilanza sull'attività del delegato, verificasse il corretto adempimento degli obblighi delegati.

Il nuovo TU sulla sicurezza ribadisce la necessità di tale requisito soggettivo, stabilendo infatti all'art. 16, comma 3 che: «3. La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite. La vigilanza si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4».

7.10. Specificità della delega

Il requisito «oggettivo» della specificità della delega non è più richiesto espressamente dal TU sicurezza.

L'art. 16 del d.lgs. n. 81/2008, nell'indicare i limiti e le condizioni della delega di funzioni non menziona infatti tale requisito.

La necessità che lo stesso sia soddisfatto è, tuttavia, condizione necessaria per l'operatività della delega.

Specificità della delega significa, in altri termini, che la delega non deve essere implicita, ma deve risultare in maniera incontrovertibile nei presupposti, nei contenuti e nei limiti.

Sul punto, in particolare, la giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione ben aveva osservato che gli obblighi di cui è titolare il datore di lavoro possono essere trasferiti ad altri sulla base di una delega che deve però essere espressa, inequivoca e certa, non potendo la stessa essere invece implicitamente presunta dalla ripartizione interna all'azienda dei compiti assegnati ai dipendenti o dalle dimensioni dell'impresa⁴⁴.

Specificità della delega significa, ancora, che la stessa deve essere determinata sotto il profilo contenutistico: ciò che significa escludere qualsiasi efficacia esimente ad una delega «generica» o «in bianco».

In altri termini, inefficace sarebbe una delega conferita dal delegante al delegato che avesse il seguente tenore: «la S.V. è delegata all'adempimento degli obblighi in materia antinfortunistica», senza alcuna specificazione od indicazione dei poteri effettivamente conferiti (operativi; dispositivi; di spesa) nonché della descrizione puntuale della natura dei compiti attribuiti.

Si ritiene, dunque, che pur in assenza di una precisa indicazione legislativa sul punto, il requisito della specificità della delega debba comunque essere soddisfatto ai fini della effettività dell'atto di delega conferita.

Una conferma indiretta a sostegno della tesi qui sostenuta, del resto, può trarsi dalla recente giurisprudenza di legittimità che, soffermandosi sulla questione della validità di un atto di delega contenente, oltre ad adempimenti delegabili, anche adempimenti la cui delegabilità è esclusa dalla legge (l'attuale art. 17, d.lgs. n. 81/2008), ha affermato che l'eventuale delega rilasciata dal datore di lavoro con cui vengono conferite anche funzioni non delegabili per espressa volontà della legge, come quelle relative alla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori nell'ambito della scelta delle attrezzature di lavoro, non diviene solo per questo integralmente invalida, ma continua a spiegare i propri effetti per la parte relativa alle funzioni invece delegabili⁴⁵.

Diversa e più complessa è invece la questione della validità della cosiddetta delega *omnibus*.

Per tale deve intendersi l'atto di delega che comprenda «in generale» il trasferimento delle funzioni dal soggetto costituito originariamente

⁴⁴ Cass., sez. IV, 6 febbraio 1990, n. 1545, Civello, in *Ced Cass.*, 183216; Cass., Sez. IV, 27 febbraio 2008, n. 8604, Timpone, in *Ced Cass.*, 238970.

⁴⁵ Cass., Sez. IV, 31 gennaio 2008, n. 8620, Signorelli, in *Ced Cass.*, 238972.

garante della sicurezza dei lavoratori ad altro soggetto, delegato, all'esercizio delle funzioni medesime.

La soluzione al quesito della legittimità o meno di una siffatta delega dipende dal diverso modo di intendere non soltanto l'esercizio delle funzioni delegate ma, soprattutto, il testo normativo risultante dal combinato disposto degli artt. 16 e 17 del d.lgs. n. 81/2008.

Orbene, sotto tale profilo, è lo stesso TU sicurezza che, nelle disposizioni citate, sancisce l'ammissibilità di una delega *omnibus*. E, in effetti, escludendo la possibilità di ricorrere alla delega soltanto con riferimento ad una ristretta categoria di funzioni, dal combinato disposto delle richiamate disposizioni discende una chiara volontà legislativa, ovvero ammettere – *a contrario* – la delegabilità per intero (appunto, *omnibus*) di quelle non menzionate, in particolare di tutti gli altri doveri (di prevenzione, assicurazione, sorveglianza, ecc.) imposti al datore di lavoro.

In altri termini, colui che, in forza di una delega (dal contenuto certo), sia stato, in modo effettivo, investito «in generale» di una posizione di garanzia nella struttura organizzativa dell'impresa, deve essere considerato penalmente responsabile.

Quanto, infine, all'ulteriore questione, a quest'ultima connessa, riferibile alla ammissibilità di una delega «per intero» degli adempimenti prevenzionistici (salvo quelli indelegabili *ex art. 17*) operata *per relationem*, ovvero indicando non specificamente gli adempimenti oggetto di delega, ma richiamando i riferimenti normativi impositivi di obblighi incombenti sul soggetto delegante, la soluzione non può che essere affermativa, purché vengano rispettate determinate condizioni.

Ciò che, in realtà, rileva ai fini della legittimità dell'atto di delega «per relationem» senza, quindi, che occorra la specificazione degli adempimenti delegabili, è che: a) la delega faccia riferimento puntuale ed espresso alla norma che richiama l'adempimento delegato, ovvero ad altro documento il cui contenuto risulti sufficientemente specificato nell'individuazione dell'obbligo e congruo rispetto all'esigenza di giustificazione propria dell'atto di delega che lo richiama; b) il riferimento indiretto contenuto nell'atto di delega fornisca la dimostrazione che il datore di lavoro – delegante – ha preso cognizione del contenuto delle norme richiamate ovvero dell'altro documento di riferimento, ritenendo il contenuto coerente con la sua decisione di trasferire l'esercizio degli adempimenti delegati «per relationem»; c) il documento di riferimento sia conosciuto dal delegato o almeno a lui ostensibile.

8. Delega di funzioni e delega materiale

Riguardo agli effetti della delega, deve distinguersi tra delega «di funzioni» e delega «materiale».

La prima (*delega di funzioni*) è l'unica ad avere efficacia liberatoria in presenza delle condizioni sopra indicate e che consiste nell'assunzione – a titolo derivativo – da parte di un soggetto, di una serie di funzioni a lui assegnate da chi ne era in precedenza titolare.

La delega di funzioni deve infatti salvaguardare due esigenze:

1. evitare di violare il principio di legalità e di tipicità dei reati e, quindi, rendere derogabili gli obblighi sanzionati penalmente;
2. evitare la applicazione, in sede giudiziale, di forme oggettive di responsabilità, in capo a soggetti troppo lontani dalla realtà oggetto della fattispecie penale.

Principio fondamentale in materia di delega di funzioni è che la delega in favore di un soggetto (che non può neppure rifiutarla, quale è il dirigente o il funzionario preposto nel settore della PA) assume valore solo se detti organi siano incolpevolmente estranei alle inadempienze del delegato e non siano stati informati, assumendo un atteggiamento di inerzia e di colpevole tolleranza.

La problematica inerente la applicazione di tale istituto in ambito prevenzionistico si scontra con la posizione di garanzia, di per sé inderogabile, alla quale è vincolato il datore di lavoro.

La ripartizione degli obblighi di sicurezza tra datori di lavoro, dirigenti e preposti ha la propria fonte direttamente nella legge (cosiddetta *imputazione originaria* degli obblighi).

Da questa, si distingue l'ipotesi della delega di funzioni (cosiddetta *imputazione derivata* degli obblighi).

L'imputazione originaria è sufficiente, almeno in linea di principio a stabilire doveri e responsabilità per tutti i soggetti tenuti ad assicurare la salute e la sicurezza nell'ambiente di lavoro.

In realtà, almeno in ambiente di lavoro pubblico si assiste ad una organizzazione del lavoro stesso in settori, rami o servizi, ai quali vengono preposti soggetti qualificati ed idonei, dotati dei poteri di autonomia congrui per la gestione degli affari.

Per tale motivo la imputazione originaria degli obblighi non è sempre sufficiente.

Del resto, prima dell'emanazione del d.lgs. n. 626/1994, la giurisprudenza aveva attribuito valore determinante al criterio dell'effettività, sia per l'individuazione della persona fisica che nell'ambito di una struttura organizzativa complessa possa ritenersi destinataria principale degli obblighi posti dalla legge a carico del datore di lavoro, sia per l'accertamento delle eventuali responsabilità di altri soggetti – dirigenti e preposti – ai quali, in forza di una espressa delega fosse stato trasferito il compito di provvedere all'adempimento di alcuni di tali obblighi.

Di conseguenza, l'imputabilità per le contravvenzioni prevenzionali veniva (e viene) acclarata non in ragione della «carica» ricoperta ma facendo piuttosto riferimento al livello di autonomia decisionale e finanziaria realmente attribuita in corrispondenza della posizione occupata.

Ognuno risponderà solo per ciò che è in grado di fare o non fare, tanto sul piano di una distribuzione «orizzontale» delle incombenze che sul piano «verticale» della scala gerarchica predisposta per attuare, specie nel pubblico, il decentramento operativo e gestionale tipico delle moderne strutture amministrative.

Dalla delega di funzioni, si distingue la *delega materiale*.

Essa consiste nel mero incarico ad un terzo di eseguire materialmente alcune incombenze, come, ad esempio, la esecuzione di specifici atti rispetto ai quali viene al delegato trasferita non la competenza ma la legittimazione al compimento dei singoli atti rientranti nella competenza del delegante.

In tal caso, il delegante non si spoglia della posizione avente rilievo penale e resta il vero obbligato.

Tale incarico potrà essere valutato a suo favore solo in sede di colpevolezza.

Per quanto riguarda il dovere di controllo il delegante – datore di lavoro resta il garante primario dell'obbligo penalmente sanzionato, di cui è titolare per legge.

Nel momento in cui ha trasferito ad altri l'adempimento dei suoi doveri, egli assume così una posizione di garanzia autonoma ma derivata, assume il rischio dell'inadempimento del delegato e ne risponde se viene meno ai suoi nuovi doveri di controllo.

La verifica dell'inosservanza del dovere di controllo va eseguita dal giudice, caso per caso, con riferimento ad una serie di parametri che vanno: dalla organizzazione aziendale al tipo di delega e al tipo di contestazione elevata.

Ai fini della responsabilità penale, deriva che il delegante che violi il dovere di controllo sarà chiamato a rispondere in concorso con il delegato inadempiente.

Per effetto della delega, quest'ultimo, viene contrattualmente investito di una posizione di garanzia derivata ed autonoma, che si aggiunge a quella originaria.

I preposti, ad esempio, sempre in materia di responsabilità penale, non sono responsabili dell'incidente derivante dalla mancanza o dall'insufficienza di cautele e mezzi strumentali, in quanto non esplicano un potere di supremazia e di direzione nell'organizzazione dell'impresa.

Da ciò deriva che il dovere di vigilanza non viene, quindi, adempiuto se il delegante si sia limitato ad eseguire solo avvertimenti verbali dei pericoli e dei rischi specifici inerenti la lavorazione, o se abbia solo predisposto le misure di prevenzione, senza vigilare sull'effettivo utilizzo delle stesse.

9. L'esercizio di fatto di poteri direttivi e la delega di funzioni

L'art. 299 del d.lgs. n. 81/2008, come già anticipato in precedenza (vedi, *ante* § 4) decreto contiene una delle più importanti novità introdotte in materia penale.

La norma infatti prevede che titolari delle «posizioni di garanzia» individuate nell'art. 2, comma 1, lett. b), d) ed e), debbono essere considerati non solo i soggetti che rivestono formalmente le qualifiche da cui scaturiscono, ma altresì quelli che, pur sprovvisti di regolare investitura, esercitano «in concreto» i poteri giuridici riferiti ai primi.

Le qualifiche implicitamente richiamate dall'art. 299, attraverso il rinvio all'art. 2, sono quelle del «datore di lavoro», del «dirigente» e del «preposto».

La definizione di «datore di lavoro» contenuta nel decreto ripropone, pur con alcune marginali differenze lessicali, quella già presente nell'art. 2 lett. b) del d.lgs. n. 626 del 1994.

Anche secondo la nuova disposizione, dunque, la qualifica spetta al soggetto titolare del rapporto di lavoro o, comunque, a chi, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, vanta la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva, in quanto vi esercita i poteri decisionali e di spesa.

Le definizioni di «dirigente» e di «preposto» sono invece totalmente inedite per il diritto positivo e le stesse –per come precisato nella stessa Relazione allo schema del decreto legislativo– recepiscono i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale sulle due figure evocate (ma mai per l'appunto definite in precedenza) nell'art. 1 comma 4-*bis* del citato d.lgs. n. 626 del 1994.

L'art. 2 lett. d) del decreto individua il primo nella persona che attua le direttive del datore di lavoro, organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa, mentre la lett. e) dello stesso articolo definisce il secondo come la persona la quale 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.

La definizione delle due figure assume rilevante importanza, atteso che dirigenti e preposti risultano titolari iure proprio (ai sensi degli artt. 18 e 19 del decreto) di numerosi obblighi in materia di sicurezza negli ambienti di lavoro, senza che sia necessaria una espressa delega in tal senso da parte del datore di lavoro, così come già era stato affermato in passato dalla giurisprudenza dominante nella vigenza del d.lgs. n. 626 del 1994⁴⁶.

In tale ottica si spiega dunque l'inciso presente in tutte e due le disposizioni citate, secondo cui le qualifiche di dirigente e preposto sono riconosciute normativamente solo a coloro che svolgono i compiti sopra

⁴⁶ Vedi ad es., Cass., Sez. IV, 20 aprile 2005, Stasi ed altro, *cit.*

descritti in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico loro conferito.

La precisazione mira a determinare il valore legale dell'inquadramento delle due figure nell'organizzazione aziendale sulla base di un criterio non meramente formale bensì sostanziale (ancora una volta in linea con i consolidati approdi della giurisprudenza formatasi con riferimento alla normativa previgente: vedi ad es. Cass., IV, 28 settembre 2006, Di Lorenzo e altro, rv 235564).

10. Obblighi del datore di lavoro non delegabili

La precedente disciplina dettata dal d.lgs. n. 626/1994 prevedeva per la prima volta alcuni adempimenti non delegabili.

L'art. 1 comma 4-ter, del d.lgs. n. 626/1994 Come novellato nel 1996 dal d.lgs. n. 242 che testualmente prevedeva che: «Nell'ambito degli adempimenti previsti dal presente decreto, il datore di lavoro non può delegare quelli previsti dall'art. 4 commi 1, 2, 4 lett. a) e 11 primo periodo».

In sintesi, quindi, non erano delegabili:

1. la valutazione dei rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari;
2. l'elaborazione del documento di valutazione dei rischi (Dvr);
3. la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione (RSPP) interno o esterno all'azienda;
4. l'autocertificazione per iscritto dell'avvenuta effettuazione della valutazione dei rischi e l'adempimento degli obblighi ad essa collegati (nel caso del datore di lavoro delle aziende familiari, nonché, delle aziende che occupano fino a dieci addetti).

Il nuovo decreto sulla sicurezza prevede espressamente (e con elencazione tassativa) che non sono delegabili dal datore di lavoro due soli obblighi in materia prevenzionistica.

L'art. 17 recita infatti che: «1. Il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività: a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28; b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi».

Dal raffronto tra le due disposizioni di legge, si evince quindi chiaramente che il nuovo TU sulla sicurezza amplia gli adempimenti delegabili, limitando la indelegabilità alle sole ipotesi prima rientranti nelle previsioni sub 1), 2) e 3) del d.lgs. n. 626/1994⁴⁷.

⁴⁷ La circostanza che l'autocertificazione dell'effettuazione della valutazione dei rischi non sia più contemplata dal nuovo art. 17 tra i compiti indelegabili si giustifica

Sul tema dell'indelegabilità di determinati obblighi si segnala, peraltro, una delle prime decisioni della Suprema Corte⁴⁸ che ha esaminato la nuova disciplina dettata dal d.lgs. n. 81 del 2008, evidenziando come tra gli obblighi del datore di lavoro non delegabili *ex art. 17* del d.lgs. in esame, neanche nell'ambito di imprese di notevoli dimensioni, rientrano: a) la valutazione di tutti i rischi per la salute e la sicurezza, necessaria per la redazione del documento previsto dall'art. 28 del d.lgs., che contiene non soltanto l'analisi valutativa dei rischi, ma anche l'indicazione delle misure di prevenzione e protezione attuate; b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dei rischi (Rsp).

11. Questioni di diritto transitorio

Devesi, infine, segnalare che l'art. 306, comma 2, d.lgs. n. 81/2008 – nella sua originaria stesura – prevedeva che le disposizioni di cui alla lett. a) dell'art. 17 d.lgs. n. 81/2008 «nonché le altre disposizioni in tema di valutazione dei rischi che ad esse rinviano, ivi comprese le relative disposizioni sanzionatorie, previste dal presente decreto, diventano efficaci decorsi novanta giorni dalla data di pubblicazione del presente decreto nella Gazzetta Ufficiale».

In altri termini, fino al 29 luglio 2008 avrebbero dovuto trovare applicazione le disposizioni previgenti.

Una serie di interventi normativi successivi ha infatti differito, almeno in parte, l'entrata in vigore di talune disposizioni del TU sicurezza.

Con riferimento all'art. 306, comma secondo, anzitutto, deve registrarsi l'avvenuta conversione nella l. 2 agosto 2008, n. 129⁴⁹.

La legge in esame, in particolare, convertiva il cosiddetto decreto fiscale (d.l. 3 giugno 2008, n. 97) e modificava l'articolo 306, comma 2, d.lgs. n. 81/2008, in particolare sostituendo l'inciso «decorsi novanta giorni dalla pubblicazione del presente decreto nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana» (29 luglio 2008) con l'inciso «a decorrere dal 1° gennaio 2009».

«evidentemente perché è stato ritenuto incongruo delegare l'autocertificazione dell'effettuazione di un compito non delegabile e ciò sembrerebbe trovare conferma in quanto previsto dall'art. 29, comma 5, d.lgs. n. 81 del 2008» (così C. BRUSCO, *La delega di funzioni alle luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. merito*, 2008, 2775).

⁴⁸ Cass., Sez. IV, 10 dicembre 2008, dep. 28 gennaio 2009, n. 4123, *inedita*.

⁴⁹ Recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 3 giugno 2008, n. 97, recante disposizioni urgenti in materia di monitoraggio e trasparenza dei meccanismi di allocazione della spesa pubblica, nonché in materia fiscale e di proroga di termini».

In altri termini, secondo il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 4, le disposizioni inerenti la valutazione dei rischi previste dal d.lgs. n. 81/2008, nonché le relative sanzioni, sarebbero divenute efficaci *a decorrere dal 1 gennaio 2009*.

Da segnalare, peraltro, una criticità.

La pubblicazione in GU della l. 2 agosto 2008, n. 129 non poteva avere efficacia retroattiva, sicché la (prima) proroga è giunta successivamente al 29 luglio 2008, giorno in cui sono entrati in vigore i nuovi obblighi previsti dal d.lgs. n. 81/2008. Il TU sicurezza, per quanto concerne, soprattutto, i nuovi obblighi previsti in tema di valutazione dei rischi (art. 28) ben avrebbe potuto essere sanzionato qualora fosse stato destinatario di un accertamento tra il 29 luglio ed il 2 agosto 2008.

Quindi, ad esempio, un datore di lavoro che non avesse provveduto in tempo ad aggiornare il documento di valutazione dei rischi sarebbe stato sicuramente sanzionabile nel caso in cui l'accertamento da parte dell'organo di vigilanza fosse intervenuto tra il 29 luglio e la data di entrata in vigore della legge di conversione, ossia il 3 agosto 2008⁵⁰.

Una seconda proroga era, peraltro, intervenuta di recente.

A seguito dell'entrata in vigore del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, le disposizioni di cui all'art. 28, commi 1 e 2 concernenti la valutazione dello stress lavoro-correlato e la data certa, sono state prorogate al 16 maggio 2009. La relativa legge di conversione (legge 27 febbraio 2009, n. 14)⁵¹ ha confermato, all'art. 32, la proroga al 16 maggio 2009:

1. dell'obbligo della valutazione dei rischi da stress lavoro-correlato e del conferimento della data certa al documento di valutazione dei rischi⁵²;
2. dell'obbligo di comunicare all'INAIL, o all'IPSEMA, in relazione alle rispettive competenze, a fini statistici e informativi, i dati relativi agli infortuni sul lavoro che comportino un'assenza dal lavoro di almeno un giorno, escluso quello dell'evento e, a fini assicurativi, le informazioni relative agli infortuni sul lavoro che comportino un'assenza dal lavoro superiore a tre giorni (art. 18, comma 1, lett. r);
3. del divieto delle visite mediche in fase preassuntiva (art. 41, comma 3).

⁵⁰ La l. n. 129/2008, infatti, è stata pubblicata sulla GU n. 180 del 2 agosto 2008, il cui art. 1, comma 5, prevedeva espressamente che «La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale».

⁵¹ In SO n. 28 alla GU n. 49, del 28 febbraio 2009.

⁵² L'art. 306, comma secondo, d.lgs. n. 81/2008 deve, oggi, essere così letto: «2. Le disposizioni di cui agli articoli 17, comma 1, lettera a) e 28 – ad eccezione, quanto all'art. 28, commi 1 e 2, dell'obbligo di valutazione dello stress lavoro-correlato e di attribuzione della data certa al Dvr, che entrano in vigore il 16 maggio 2009 – nonché le altre disposizioni in tema di valutazione dei rischi che ad esse rinviano, ivi comprese le relative disposizioni sanzionatorie, previste dal presente decreto, diventano efficaci a decorrere dal 1° gennaio 2009; fino a tale data continuano a trovare applicazione le disposizioni previgenti».

Si noti, peraltro, che all'atto di conversione è stata inserita una nuova proroga, di 12 mesi (per cui, entro 24 mesi dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008), per l'individuazione, tramite decreti emanati ai sensi dell'art. 17 comma 2, legge n. 400/1988, delle particolari esigenze connesse al servizio espletato o alle peculiarità organizzative delle attività elencate all'art. 3, comma 2, primo periodo, necessarie al fine dell'applicazione del TU stesso.

Alla data del 16 maggio 2009, non essendo intervenute ulteriori modifiche, le norme oggetto della precedente proroga sono definitivamente entrate in vigore.

IL CONCORSO DOLOSO MEDIANTE OMISSIONE: TRACCE DI RESPONSABILITÀ DI POSIZIONE

di Marco Pelissero

SOMMARIO: 1. I problemi sollevati dalla interferenza tra gli artt. 110 e 40 cpv. c.p.: dalla atipicità legale alla ricerca di una tipizzazione giurisprudenziale. – 2. Il contributo omissivo tra condotta apparentemente ed effettivamente omissiva. – 3. Il concorso doloso mediante omissione in ambito societario. – 4. Gli orientamenti della giurisprudenza. – 4.1. La responsabilità omissiva degli amministratori senza deleghe. – 4.1.1. Sintesi della giurisprudenza precedente alla riforma del diritto societario. – 4.1.2. Giurisprudenza successiva alla riforma del diritto societario. – 4.2. La responsabilità degli amministratori di diritto per i reati commessi dagli amministratori di fatto. – 4.3. Responsabilità omissiva dell'amministratore di fatto. – 4.4. La responsabilità dei sindaci. – 5. Brevi conclusioni interlocutorie. – 6. Indicazioni per un superamento dei limiti del contributo omissivo concorsuale. – 6.1. Gli effetti della riforma del diritto societario sulla responsabilità penale. – 6.2. L'applicazione dei principi sulla responsabilità omissiva impropria.

1. I problemi sollevati dalla interferenza tra gli artt. 110 e 40 cpv. c.p.: dalla atipicità legale alla ricerca di una tipizzazione giurisprudenziale

L'interferenza tra concorso di persone e responsabilità omissiva è come un incrocio senza semaforo, senza regole precostituite di precedenza: la soluzione del singolo caso è rimessa alla buona volontà dell'interprete che nel singolo caso potrà far prevalere ora le esigenze della legalità ora quelle della tutela. L'incapacità, ben evidenziata dalla dottrina, dell'art. 40 cpv. di soddisfare il rispetto del principio di riserva di legge, da un lato, ed il rispetto del principio di determinatezza, dall'altro, fanno della norma una «*clausola in bianco*», da estendere o restringere in funzione di esigenze di politica criminale¹. Questi difetti si amplificano quando l'art. 40 cpv. c.p. viene a contatto con l'art. 110 c.p., un'altra norma che quanto ad indeterminatezza di contenuto non è da meno dell'art. 40 cpv., se si con-

¹ FIANDACA, *Reati omissivi e responsabilità penale per omissione*, in *Arch. pen.*, 1983, I, 25.

viene con quanto ha autorevolmente scritto Giuliano Vassalli, secondo il quale l'art. 110 costituisce la «disposizione più incostituzionale che esista nell'ordinamento italiano»²: il contributo concorsuale omissivo risulta, infatti, doppiamente privo di una sua tipicità, sul piano naturalistico, in quanto consistente in un *non facere*, sia sul piano giuridico, in quanto mancano criteri legali di tipizzazione del contributo di partecipazione³. L'ambito della interferenza tra gli artt. 40 cpv. e 110 c.p. dovrebbe, quindi, essere un terreno particolarmente fecondo per verificare se, *in assenza di una tipizzazione legale*, si sia *sviluppata una tipizzazione giurisprudenziale*, ossia se alla assenza di più precisi contorni formali della responsabilità penale omissiva impropria nel contesto del concorso di persone siano stati meglio definiti i limiti tratti dal diritto vivente.

Un settore particolarmente fecondo per verificare le linee di questo sviluppo è costituito dal diritto penale dell'impresa, che rappresenta il banco di prova delle tradizionali categorie dogmatiche e che costituisce una delle frontiere del diritto penale della modernità. In particolare l'indagine si è concentrata sul contributo omissivo doloso, che proprio nell'ambito delle organizzazioni complesse da sempre costituisce un punto debole del rispetto dei principi generali della responsabilità penale e che, in nome di esigenze punitive, è soggetto a frequenti slittamenti delle categorie penalistiche sul piano della prassi applicativa.

2. *Il contributo omissivo tra condotta apparentemente ed effettivamente omissiva*

Prima di affrontare le questioni sollevate dalla responsabilità penale all'interno dei contesti societari, è opportuno far precedere alcune brevi notazioni sugli orientamenti della giurisprudenza in tema di contributo concorsuale omissivo, al fine di capire se, al di fuori del contesto delle organizzazioni complesse, sia possibile estrapolare tipizzazioni giurisprudenziali della omissione penalmente rilevante. La condotta omissiva, innestata nella struttura della responsabilità concorsuale, può assumere due varianti, a seconda che la condotta sia solo apparentemente o effettivamente omissiva.

In alcuni casi la *condotta* è solo *apparentemente omissiva*, in quanto la naturalità del *non facere* si traduce in una *condotta attiva di istigazione*, che fonda la responsabilità penale al di fuori del filtro dell'art. 40 cpv. c.p. Questo fenomeno è particolarmente evidente in alcune situazioni della casistica

² VASSALLI, *Sul concorso di persone nel reato*, in *La riforma della parte generale del codice penale*, a cura di Stile, Napoli, 2003, 345.

³ Fondamentali i rilievi sviluppati nell'ampia indagine di RISICATO, *Combinazione ed interferenze di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, *passim*.

giurisprudenziale: la semplice presenza sul luogo del reato⁴; il concorso nei reati di mero possesso (fattispecie in tema di possesso di armi e di stupefacenti)⁵; la responsabilità del proprietario di un fondo per i reati edilizi realizzati da terzi⁶; il concorso morale dei vertici delle associazioni criminali nei delitti scopo secondo il modello del consenso tacito⁷.

In questi settori, per quanto del tutto eterogenei e con profili di responsabilità penale diversi, emerge però una costante attenzione della giurisprudenza ad evidenziare gli indici istigatori della omissione: non è sufficiente la mera presenza non casuale sul luogo del fatto, se non si è tradotta nello stimolo o nel rafforzamento del proposito criminoso del concorrente⁸, «in forme che agevolano la condotta illecita, anche solo assicurando all'altro concorrente nel reato lo stimolo all'azione criminosa, o un maggiore senso di sicurezza nella propria condotta, rendendo in tal modo palese una chiara adesione alla condotta delittuosa»⁹; non basta accompagnarsi o avere vincoli di convivenza con il possessore di armi o stupefacenti per rispondere a titolo di concorso nelle fattispecie di illecite detenzioni previsti dalle rispettive discipline di settore, ma è necessario «un contributo partecipativo – morale o materiale – alla condotta criminosa altrui, caratterizzato, sotto il profilo psicologico, alla coscienza e volontà di arrecare un contributo concorsuale alla realizzazione dell'evento illecito»¹⁰; non è sufficiente essere proprietario del terreno, ma è necessaria

⁴ Cass., Sez. I, 31 marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 88; Cass., Sez. I, 24 luglio 1992, in *Giust. pen.*, 1992, II, 298.

⁵ Cass., Sez. VI, 8 marzo 1991, in *Giust. pen.*, 1991, II, 493; Cass., Sez. I, 5 dicembre 1984, in *Cass. pen.*, 1986, 1072; Cass., Sez. I, 1 luglio 1980, in *Cass. pen.*, 1982, 141.

⁶ Cass., Sez. III, 1 marzo 1994, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 1422; Cass., Sez. III, 24 settembre 1987, in *Riv. pen.*, 1988, 542.

⁷ Cass., Sez. I, 30 gennaio 1992, in *Foro it.*, 1993, II, 15; C. Assise App. Perugia, 17 novembre 1992, in *Foro it.*, 2003, II, 335.

⁸ Cass., Sez. VI, 26 novembre 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 3410; Cass., Sez. I, 31 marzo 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 88; Cass., Sez. II, 23 maggio 1990, in *Cass. pen.*, 1992, 1802; Cass., Sez. VI, 6 dicembre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, 1558; Cass., Sez. II, 11 gennaio 1982, in *Cass. pen.*, 1983, 1513; Cass., Sez. V, 19 dicembre 1979, in *Cass. pen.*, 1981, 513.

⁹ Cass., Sez. I, 14 febbraio 2006, *CED Cass. pen.*, 2006, 234128.

¹⁰ Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2006, in *Guida dir.*, 2006, n. 20, 105; Cass., Sez. IV, 10 aprile 2006, *CED Cass. pen.*, 2006, 234569. Si veda altresì Cass., Sez. IV, 12 ottobre 2000, in *Cass. pen.*, 2002, 365; Cass., Sez. I, 11 ottobre 2000, in *Cass. pen.*, 2003, 1531, con nota di PrVA; Cass., Sez. VI, 21 settembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 320. Particolarmente attenta nella ricostruzione del dolo di partecipazione attraverso una condotta apparentemente omissiva, Cass., Sez. VI, 20 maggio 1998, in *Giust. pen.*, 1999, II, 542: «In tema di detenzione illecita di sostanze stupefacenti nella casa coniugale, deve essere escluso il concorso del coniuge ex art. 110 c.p. in ipotesi di semplice comportamento negativo di quest'ultimo che si limiti ad assistere passivamente alla perpetrazione del reato e non ne impedisce od ostacola in vario modo la esecuzione, dato che non sussiste in tal caso un obbligo giuridico di impedire l'evento (art. 40 comma 2 c.p.), giacché il solo comportamento omissivo di mancata opposizione alla detenzione in casa di droga da parte di altri non costituisce segno univoco di partecipazione morale. Di contro, per la

la prova che l'inerzia del proprietario sia frutto di accordo con l'autore dell'abuso o si sia tradotta nel rafforzamento dell'intenzione di perpetrare l'abuso¹¹; non è sufficiente rivestire una posizione di vertice all'interno dell'organizzazione che non ha una struttura immutabile, se l'organismo associativo non presenta, nel momento in cui il reato è stato commesso, una struttura tale per cui certi reati non possono essere commessi se non con l'approvazione esplicita o implicita dell'organo di vertice¹².

Ci troviamo di fronte ad *elementi negativi di tipizzazione*, perché indicano *ciò che non è concorso*: ci dicono che la mera condotta naturalisticamente omissiva, tenuta da chi *non* è titolare di un dovere giuridico di impedire l'evento, di per sé non supera la soglia della connivenza non punibile. Se, invece, andiamo alla ricerca di indici positivi di tipizzazione del contributo concorsuale, sembra emergere l'impossibilità di rinvenire regole di standardizzazione del contributo omissivo: mancano elementi sostanziali di tipizzazione; si tratta piuttosto di *indizi probatori* della istigazione e della causalità della istigazione¹³, con uno spostamento dal piano sostanziale a quello probatorio. Ci troviamo di fronte ad elementi sintomatici per l'accertamento del carattere intrinsecamente istigatorio dell'omissione. Trattandosi di indici sintomatici si richiede sempre la contestualizzazione rispetto al fatto concreto: è semmai una *tipizzazione di massime di esperienza*, ma non una tipizzazione del contributo omissivo-istigatorio.

Diverse sono, invece, le questioni che attengono alla *omissione* che rileva come *contributo omissivo*: in questi casi la *tipizzazione del contributo* passa attraverso la *tipizzazione delle posizioni di garanzia*.

Quanto contribuisce la giurisprudenza a tipizzare il generico obbligo giuridico di impedire il reato commesso da un terzo? Il contributo è essenziale, ma alla indeterminatezza del tipo legale, nel quale confluiscono

configurazione del concorso, è sufficiente la partecipazione all'altrui attività criminosa con la volontà di adesione, che può manifestarsi in forme agevolative della detenzione, consistente nella consapevolezza di apportare un contributo causale alla condotta altrui già in atto, assicurando all'agente una certa sicurezza ovvero garantendo, anche implicitamente, una collaborazione in caso di bisogno, in modo da consolidare la consapevolezza nell'altro coniuge di poter contare su una propria attiva collaborazione (la Corte ha ritenuto, nella specie, il dolo del concorso nel reato da parte del coniuge, per la collocazione dello stupefacente in piena vista nella stanza da letto, per il prelievo della droga da parte del coniuge e la consegna agli agenti operanti con occultamento sulla persona della maggior quantità possibile di sostanza per sottrarla al sequestro).

¹¹ Cass., Sez. III, 4 maggio 2004, in *Riv. pen.*, 2005, 1116; Cass., Sez. III, 3 ottobre 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2775; Cass., Sez. III, 16 giugno 1994, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 1414; Cass., Sez. III, 20 maggio 1994, *ivi*, 1416; Cass., Sez. III, 4 luglio 1988, in *Cass. pen.*, 1990, 305.

¹² Cass., S.U., 30 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 161.

¹³ Sulle difficoltà insite nell'accertamento del nesso di causalità psichica, vedi RISCATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino, 2007; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 815.

l'indeterminatezza degli artt. 110 e 40 cpv. c.p., segua l'indeterminatezza della tipizzazione giurisprudenziale delle posizioni di garanzia su due versanti: incertezza nella individuazione dei garanti e dei beni oggetto di tutela; tendenza a sostanzializzare le posizioni di garanzia¹⁴.

Sul primo versante, l'incertezza nella individuazione dei garanti è già evidente negli stessi ambiti classici di «nascita» della teoria del reato omissivo improprio, quello familiare, dove sono presenti posizioni di protezione e di controllo non sempre chiaramente definite, vuoi in relazione ai soggetti titolari della posizione¹⁵, vuoi in relazione ai beni oggetto di tutela¹⁶. Anche nell'ambito della individuazione dei garanti nel settore dei rapporti privati, l'individuazione della fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento a volte è generica (come l'art. 2051 c.c.), altre volte la giurisprudenza individua il garante senza spiegarne la ragione o individuando le fonti legali della posizione di garanzia a carattere generico.

L'indeterminatezza delle posizioni di garanzia dipende anche dalla tendenza della giurisprudenza italiana a superare i vincoli della teoria formale per orientarsi verso interpretazioni sostanziali dell'obbligo di impedire l'evento:

- a) in alcuni casi è sufficiente la creazione di una fonte di pericolo, fondata sui generici artt. 2043 e 2051 c.c.¹⁷: in questi casi la giurisprudenza fonda *la posizione di garanzia sulla violazione della regola cautelare*, dimenticando che l'ambito della vigilanza dovuta è definito dai limiti della posizione di garanzia e non viceversa (è questo un punto importante anche per comprendere i percorsi argomentativi della responsabilità concorsuale per omissione nel diritto penale dell'impresa);

¹⁴ Ampiamente BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e giurisprudenza a italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1339.

¹⁵ Ad esempio, in relazione al rapporto tra coniugi: esclude la posizione di garanzia Cass., Sez. III, 26 marzo 2003, in *Fam. dir.*, 2003, 544 con nota di PITTARO; la riconoscono Cass., Sez. II, 31 marzo 1952, in *Giust. pen.*, 1952, II, 734; C. Ass. Salerno, 25 novembre 1950, in *Giust. pen.*, 1951, II, 1211. Afferma la posizione di garanzia dei genitori in relazione al bene vita dei nipoti, Cass., Sez. I, 21 settembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 1499 (caso di infanticidio). Esclude la posizione di garanzia dei figli nei confronti dei genitori una lontana sentenza, Cass., Sez. I, 21 dicembre 1932, in *Giust. pen.*, 1934, II, 335. Sulle posizioni di garanzia in ambito familiare vedi GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, 294 ss.

¹⁶ Sulla posizione di garanzia dei genitori in relazione al bene vita dei figli la giurisprudenza è pacifica, sin da Cass., Sez. I, 1 febbraio 1935, in *Giust. pen.*, 1937, II, 931; con riferimento alla integrità sessuale, vedi Trib. Bologna, 11 novembre 2004, in *Foro it.*, 2006, 263, con nota di SERRAINO.

¹⁷ Trib. Roma, 14 giugno 2005, in *Giur. mer.*, 2006, 1001; Cass., Sez. III, 22 febbraio 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 2964. Contraria alla possibilità di assumere le semplici violazioni di regole cautelari a fondamento della posizione di garanzia, Cass., Sez. IV, 18 maggio 2005, in *Cass. pen.*, 2006, 4067.

- b) in altri casi la fonte dell'obbligo di impedire l'evento deriva dalla assunzione volontaria di una posizione di fatto¹⁸: in tal caso si richiede che vi sia stata, da parte del titolare del bene, una maggiore esposizione a pericolo;
- c) in altri ancora è la relazione di fatto che si viene ad instaurare tra il soggetto ed il bene a fondare l'obbligo giuridico di impedire l'evento.

L'analisi della giurisprudenza in tema di contributo concorsuale omissivo evidenzia che *l'incertezza del dato normativo si traduce nella incertezza della prassi applicativa*, attesa la difficoltà di rinvenire in sede giurisprudenziale indici consolidati di tipizzazione.

3. Il concorso doloso mediante omissione in ambito societario

Se ora collochiamo il combinato disposto degli artt. 110 e 40 cpv. c.p. all'interno delle complesse organizzazioni societarie, l'effetto che ne deriva può per certi versi sconcertare: non tanto nella direzione di una ulteriore accresciuta indeterminatezza dell'ambito della responsabilità penale, come è emerso dalla indagine precedente, quanto piuttosto in ragione della tendenza a fissare determinate *responsabilità di posizione* in relazione alla funzione ricoperta.

La responsabilità a titolo di concorso per omissione nelle organizzazioni complesse dipende della mancata attivazione dei controlli previsti dalla disciplina di settore che fanno capo ai titolari dei poteri di controllo, «doverosamente imposto come espressione dello svolgersi della posizione di garanzia e, alla fine, per la tutela degli interessi affidati»¹⁹. Ho analizzato la giurisprudenza che si è sviluppata in relazione a *tre situazioni* di omesso controllo che danno luogo a riflessi sul piano della responsabilità penale:

- a) la responsabilità degli amministratori non esecutivi rispetto ai reati commessi dagli amministratori con delega;
- b) la responsabilità dell'amministratore di diritto rispetto ai reati commessi dall'amministratore di fatto;
- c) la responsabilità dei sindaci per i reati commessi dagli amministratori.

La *nozione di controllo* qui accolta è, pertanto, *ampia*, in quanto non si riferisce esclusivamente ai soggetti istituzionalmente titolari del con-

¹⁸ In tal senso si orientano Cass., Sez. IV, 22 maggio 2007, in *Guida dir.*, 2007, n. 43, 74; Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, II, 424.

¹⁹ ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 214.

trollo sull'organo di amministrazione, ma comprende anche i controlli all'interno dello stesso consiglio di amministrazione o nel rapporto tra soggetti di diritto e soggetti di fatto.

I tre settori di controllo interno analizzati presentano una casistica giurisprudenziale sufficientemente ampia, che ha permesso di analizzarne lo sviluppo. A riguardo, prima di affrontare più da vicino i problemi che sono emersi, possono essere tratte alcune considerazioni generali.

Il primo dato che emerge dalla giurisprudenza è costituito dalla sua *omogeneità*, rinvenibile nella tendenza ad estendere la responsabilità penale attraverso la costituzione di posizione di garanzia, desunte in modo acritico dalla sussistenza di doveri di vigilanza interna²⁰.

Ulteriore impressione generale che si ricava dall'analisi della giurisprudenza è la conferma del giudizio espresso da chi ritiene che *la giurisprudenza non terrebbe sufficientemente conto della realtà delle dinamiche societarie*, applicando il combinato disposto degli artt. 110 e 40 cpv. senza considerare l'effettiva realtà dei rapporti tra organi e tra componenti all'interno dello stesso organo societario: sembra che la conoscenza sia solo cartacea e che le responsabilità individuali vanno calate in una realtà complessa che rende, di fatto, impraticabili alcuni obblighi di vigilanza²¹: sul punto va ancora una volta sollecitato «il richiamo ad una specifica cautela nel ricavare dalla norma civilistica dirette ed immediate conseguenze sul piano penalistico»²².

Questo rilievo avvalorava l'impressione, ricavata dall'analisi dello sviluppo giurisprudenziale, della trasformazione di fatto della responsabilità penale colpevole in responsabilità oggettiva. Questa posizione assunta dalla giurisprudenza non si registra solo nell'ambito della criminalità tipica d'impresa (reati societari, fallimentari, tributari e fattispecie connesse – penso ad es. alla contestazione del reato di truffa che spesso si accompagna in alcuni scandali finanziari)²³, ma anche in altri contesti, dove la rigidità della giurisprudenza rischia di creare responsabilità di posizione (emblematico in tal senso il rigetto dell'istituto della delega di funzioni rispetto all'applicazione dell'art. 57 c.p.²⁴).

Sembra, dunque, che nell'ambito del diritto penale delle società vi sia la tendenza a precostituire responsabilità di posizione, sotto forma di *re-*

²⁰ «Un postulato assunto dalla giurisprudenza in via del tutto acritica», afferma PRISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 4.

²¹ CENTONZE, *Gli scandali finanziari e la responsabilità degli amministratori non esecutivi. I limiti dell'intervento penalistico e le indicazioni del sistema statunitense*, in *Scritti per Federico Stella*, II, Milano, 2007, 988.

²² ALESSANDRI, *Impresa*, cit., 215.

²³ Si veda ad es. Trib. Milano, Sez. II, 28 novembre 1987, in *Banca, borsa, tit.*, 1989, 622 ss. e specialmente 676 ss.

²⁴ Cass., Sez. V, 9 luglio 2008, n. 33472; Cass., Sez. V, 20 giugno 2007, n. 31491.

sponsabilità di posizione mascherata, per certi versi più pericolosa delle forme di responsabilità oggettiva espressa²⁵.

Dalla analisi della giurisprudenza emerge anche l'*incomunicabilità tra dottrina e giurisprudenza*: se, infatti, quest'ultima potenzia la funzione estensiva della punibilità attraverso l'interferenza tra gli artt. 40 cpv. e 110 c.p., la prima si muove nella direzione opposta della delimitazione/esclusione della responsabilità penale. Più la giurisprudenza si arrocca sui fin troppo abusati richiami agli artt. 2403 e 2392 c.c. per fondare la responsabilità di sindaci e amministratori, tanto più la dottrina smonta progressivamente gli argomenti giurisprudenziali, ne evidenzia la debolezza e smaschera la finzione di travestire di contenuto sostanziale quelle che, in verità, non rappresentano altro che scorciatoie probatorie del coinvolgimento doloso dei soggetti a cui spettano funzioni di controllo.

Un ultimo rilievo di carattere generale. Nell'analisi della giurisprudenza si è dovuto tener conto della *riforma del diritto societario*, che assume importanza in due direzioni.

Innanzitutto, al tradizionale sistema di ripartizione di competenze tra consiglio di amministrazione e collegio sindacale sono stati affiancati i modelli monistico e dualistico, nei quali le funzioni di gestione e controllo sono affidate ad organi diversi, non sempre sovrapponibili a quelli presenti nel modello tradizionale²⁶. La giurisprudenza analizzata si è però, al momento pronunciata solo sul modello tradizionale, mentre la dottrina ha da subito avviato una attenta analisi sui problemi sollevati dalla compatibilità dei modelli di responsabilità omissiva in presenza dei nuovi modelli di organizzazione interna²⁷.

Un'altra ragione di rilevanza della riforma del diritto societario è costituito dalle modifiche apportate ai doveri di vigilanza degli amministratori deleganti e dei sindaci. Si è trattato solo di una modifica sulla carta o, dato lo stretto legame che intercorre tra responsabilità penale e responsabilità civile – legame sin troppo stretto, considerata la tendenza alla automatica trasformazione degli obblighi di vigilanza in obblighi di impedimento – la riforma ha inciso effettivamente sul modo in cui la giurisprudenza definisce i riflessi penali dell'omesso/insufficiente controllo? Sebbene sia ancora presto per valutare gli effetti nella prassi applicativa della riforma del diritto societario sulla responsabilità penale, questo profilo rimane un punto essenziale dei risultati della ricerca: anzi rappresenta il *banco di prova in ordine alla possibilità di*

²⁵ Sulla responsabilità oggettiva espressa e tacita, v. MANTOVANI, *Responsabilità oggettiva espressa e responsabilità oggettiva tacita*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 546 ora in *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova, 2008, 336 ss.

²⁶ LA ROSA, *Il «controllo» nelle società per azioni: profili penalistici*, in *Scritti di diritto penale dell'economia*, a cura di Siracusano, Torino, 2007, 105 ss.

²⁷ Dottrina su effetti sul piano penale dei modelli monistici e dualistici.

ridefinire l'ambito della responsabilità penale. L'analisi dello sviluppo giurisprudenziale in presenza della cesura rappresentata dalla riforma della disciplina extrapenale può offrire indicazioni importanti *de iure condendo*, da vagliare in margine ad una duplice alternativa: se, infatti, in corrispondenza con la riforma del diritto societario, vi fossero segnali di mutamento nella giurisprudenza in ordine ai limiti della responsabilità penale delle funzioni di controllo, ci si potrebbe chiedere se sia sufficiente una riforma della disciplina extrapenale, al fine di assicurare maggior certezza ai riflessi penali della omessa/insufficiente attivazione delle funzioni di controllo; qualora invece i segni di mutamento fossero ancora troppo timidi, dovremmo chiederci se l'intervento non debba essere fatto direttamente, e più drasticamente, sul terreno delle norme penali, chiarendo i limiti dell'obbligo giuridico di impedimento del reato per differenziarli dai più ampi doveri di vigilanza.

4. Gli orientamenti della giurisprudenza

Nell'analisi della giurisprudenza in relazione alle posizioni di controllo all'interno delle imprese si è tenuto conto degli elementi di struttura della responsabilità omissiva, che configurano la tipicità legale del contributo omissivo concorsuale, al fine di verificare quanto la prassi applicativa abbia contribuito a definire tali elementi: la fonte degli obblighi di controllo; la trasformazione degli obblighi di controllo in obblighi di impedimento; l'accertamento del nesso causale; il dolo di partecipazione.

Questi differenti profili pongono problemi differenti in relazione ai tre settori di responsabilità degli amministratori deleganti, degli amministratori di diritto, rispetto a quelli di fatto, e dei sindaci.

4.1. La responsabilità omissiva degli amministratori senza deleghe

È necessario distinguere le sentenze che si sono misurate con il tessuto normativo precedente (sono la maggior parte) e successivo alla riforma societaria.

4.1.1. Sintesi della giurisprudenza precedente alla riforma del diritto societario

La giurisprudenza è solita fondare la posizione di garanzia sull'art. 2392 c.c., in combinato disposto con l'art. 40 c.p., facendo derivare l'obbligo giuridico di impedire l'evento dall'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione e di impedire eventi pregiudizievoli di cui siano

venuti a conoscenza²⁸, e talvolta sull'art. 2395 c.c.²⁹. La giurisprudenza non ha dubbi in ordine al fatto che «l'obbligo di vigilanza – e la violazione proprio di quell'obbligo – costituisce il fondamentale presupposto della responsabilità solidale degli amministratori in campo civile, e della loro responsabilità altresì nel settore penale»³⁰.

La presenza di un generale obbligo di vigilare sull'andamento della gestione consente di escludere efficacia liberatoria alla delega, che lascia comunque in capo agli amministratori deleganti la possibilità di fondare una responsabilità *in vigilando*, in quanto «la delega, o la esistenza di un Comitato Esecutivo non esclude, ma presuppone la vigilanza del Consiglio di amministrazione quale organo e quale sommatoria dei controlli dei singoli componenti»³¹: si tratta, dunque, di una posizione di controllo sulla condotta altrui volta all'impedimento di reati.

Se, dunque, è pacifica la responsabilità penale a titolo omissivo degli amministratori deleganti, altrettanto ampio è il novero dei reati, del cui mancato impedimento sono stati chiamati a rispondere. L'ampiezza dipende dal fatto che l'art. 2392 c.c. impone un generale obbligo agli amministratori di impedire atti pregiudizievoli alla società, ai soci, ai creditori ed ai terzi. Vengono, *in primis*, compresi i reati espressione tipica di criminalità di impresa, come i reati societari, i reati fallimentari³² e i reati tributari³³.

La responsabilità viene però a comprendere anche altri reati che siano stati commessi nell'esercizio dell'attività di impresa e più in particolare il delitto di truffa³⁴, reati ambientali e di danneggiamento³⁵, reati edilizi di costruzione abusiva³⁶.

Costituisce un momento essenziale per capire in quale modo la giurisprudenza contribuisce a tipizzare il contributo concorsuale omissivo individuare quali condotte omesse vengono imputate dalla giurisprudenza agli amministratori deleganti, ossia quali condotte attive avrebbero

²⁸ Cass., Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, *CED Cass. pen.*, 2006; C. App. Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 572, con nota di PROVERBIO, *Brevi note in tema di responsabilità penale degli amministratori senza delega*. Richiamato, unitamente all'art. 2392 c.c., anche l'art. 2394 c.c., Uff. Ind. Prel. Monza, 24 aprile 2006, in *Foro ambr.*, 2006, 3, 374. In generale v. GRASSO, *op. cit.*, 338 ss.

²⁹ Trib. Milano, 28 novembre 1987, in *Banca, borsa, tit.*, 1989, 680.

³⁰ Trib. Milano, 16 aprile 1992, in *Rassegna di diritto societario (1991-1992)*, a cura di CRESPI, in *Riv. soc.*, 1994, 1077.

³¹ Trib. Milano, 16 aprile 1992, *cit.*, 1078; Cass., Sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 1849; Trib. Milano, 28 novembre 1987, in *Banca, borsa, tit.*, 1989, 680.

³² Cass., Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, *CED Cass.* 2006; C. V, 27 gennaio 2005, n. 11931 C. V, 29 novembre 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, 645.

³³ Cass., Sez. III, 9 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 2629.

³⁴ Trib. Milano, Sez. II, 28 novembre 1987, in *Banca, borsa, tit.*, 1989, 622 ss.

³⁵ C. App. Milano, 3 maggio 1999, in *Foro ambr.*, 1999, 495.

³⁶ Cass., Sez. fer., 31 agosto 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 716.

dovuto tenere in funzione di impedimento del reato. Qualora, infatti, la giurisprudenza desse indicazioni sufficientemente precise, sarebbe possibile tradurre il generico obbligo giuridico di impedire l'evento in una indicazione più puntuale sulle condotte doverose, che garantirebbero l'esonero da responsabilità penale.

Il primo dato da evidenziare è costituito dal fatto che la giurisprudenza impone sempre un *accertamento in concreto* alla luce del contesto in cui l'omissione è maturata e che le *indicazioni in ordine alla condotta doverosa omessa* appaiono alquanto *generiche*. Si afferma, in generale, che devono spettare «al singolo amministratore poteri istruttori di verifica e di accertamento sull'operato dell'Amministratore delegato» e, più puntualmente, si individuano questi poteri nel dissenso espresso in sede di deliberazione, nell'accentuazione della vigilanza, nelle diffide agli organi responsabili del portare a termine atti irregolari, nel sensibilizzare il consiglio di amministrazione e sollecitare il collegio sindacale al controllo, nel portare a conoscenza dei soci gli atti di gestione anomala, nel rendere edotti gli organi di vigilanza³⁷.

Se l'indicazione della condotta doverosa omessa rimane generica, quella relativa al *nesso di causalità* tra omissione e reato non impedito è ampiamente trascurata, come quando si afferma che «l'atteggiamento positivamente connivente degli amministratori si pone quale fatto oggettivamente collegato da un adeguato nesso causale all'illecita attività dell'amministratore delegato, collocandosi alla serie causale produttiva dell'evento quale momento di rafforzamento della volontà criminosa del suddetto organo sociale»³⁸. Il nesso causale subisce quel processo di rarefazione dovuto alla causalità ipotetico-normativa dell'omissione al punto da essere implicito nella stessa condotta omissiva.

Diverse sono le considerazioni che devono essere svolte in ordine all'accertamento del dolo di concorso, considerato che i reati sui quali si è concentrata l'analisi sono reati dolosi. A riguardo è noto come si sia assistito alla espansione del dolo eventuale, capace di includere al suo interno ipotesi di colpa cosciente.

Si è affermato che la dimostrazione del dolo eventuale derivava dal fatto che «gli amministratori avevano assunto o ratificato centinaia di delibere, relative ad operazioni che contenevano in sé anomalie tali da dover richiamare la loro attenzione, senza mai un voto contrario, un intervento, una richiesta di chiarimenti e dall'aver mai i sindaci fatto osservazioni, rilievi o proposte, nonostante l'importanza delle delibere stesse»; «attraverso segnali univoci e numerosi, amministratori e sindaci avevano avuto il dubbio che in certe aree e attraverso le società conso-

³⁷ C. App. Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 593.

³⁸ Trib. Milano, 16 aprile 1992, cit., 1082.

ciate venissero poste in essere operazioni non semplicemente rischiose, ma al di fuori dei canoni delle operazioni bancarie tipiche e, malgrado ciò, avevano persistito nell'inerzia, così accettando il rischio che si potessero verificare eventi pregiudizievoli»³⁹.

La «sistematica abdicazione dei doveri di controllo» diventa «segno di connivenza»⁴⁰, una connivenza che fonda la responsabilità penale omissiva. Assume «rilievo ai fini del dolo il mero discostarsi dalla sua condotta dalla sfera del «doveroso»»⁴¹.

È presente un *meccanismo* di imputazione di tipo *presuntivo* fondato sulla *violazione della regola cautelare in ordine ai doveri di controllo*: questa *trasformazione della colpa in dolo* passa attraverso l'elemento di contatto tra dolo eventuale, come accettazione del rischio, e regole cautelari di controllo, che hanno sempre un contenuto precauzionale volto a scongiurare il verificarsi di fatti produttivi di danno⁴². Dipende, però, ancor prima dal fatto che nel reato omissivo improprio la condotta tipica assume necessariamente un contenuto cautelare di prevenzione dell'evento⁴³. In tal modo, però, sfuma l'accertamento della componente volitiva del dolo ed anche il momento rappresentativo è appiattito sulla violazione dei doveri di controllo e sulla prevedibilità del rischio in presenza dei cosiddetti *campanelli di allarme*:

All'esito del richiamo dei segnali di allarme che si sono accesi nel volgere di anni per gli Amministratori del Banco Ambrosiano, occorre mettere nel giusto rilievo il significato assolutamente univoco degli elementi suindicati, e il rafforzamento del messaggio d'allarme che chiunque avrebbe potuto, e nel caso degli Amministratori, dovuto, trarre dall'insieme combinato dei medesimi⁴⁴.

Questa equiparazione della *conoscibilità* alla *consapevolezza effettiva* dell'illecito perpetrato dall'amministratore delegato è chiarissima, quando si afferma che «la ragionevole possibilità per l'Amministratore estraneo alla concreta gestione delegata, di rilevare l'illiceità *lato sensu* del comportamento distruttivo addebitabile al delegato è senz'altro equiparata alla consapevolezza concretamente raggiunta dal singolo componente del Consiglio»⁴⁵.

³⁹ C. App. Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 592.

⁴⁰ Trib. Milano, 28 novembre 1987, in *Banca, borsa, tit.*, 1989, II, 680.

⁴¹ EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1061.

⁴² Evidenzia bene il contenuto cautelare ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI-ALESSANDRI, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 91.

⁴³ Su questi nessi v. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 136 ss.

⁴⁴ Trib. Milano, 16 aprile 1992, cit., 1081.

⁴⁵ Trib. Milano, 16 aprile 1992, cit., 1082.

Non si tratta, a ben vedere, di una specificità del diritto penale dell'impresa, in quanto lo schema di accertamento presuntivo del dolo è stato proposto da parte della dottrina tedesca in funzione di agevolazione della prova⁴⁶.

Il meccanismo di tipo presuntivo che fa della violazione di una regola cautelare la prova dell'accettazione del rischio è, tuttavia, contestato da un filone giurisprudenziale più attento a verificare la sussistenza del dolo di partecipazione:

che la divergenza (vera o supposta) tra il comportamento tenuto in concreto dall'imputato ed il modello ideale di funzionario sia, di per sé, una «spia» del dolo, equivale a sconfinare dal campo del dolo a quello della colpa, la cui sussistenza presuppone proprio l'accertamento di una condotta antidoverosa; «necessità di provare a) la volontarietà delle inosservanze, b) la loro finalizzazione, anche soggettiva, alla realizzazione dell'evento antiggiuridico»; dalle anomalie e dai sospetti, anche quando sono rilevanti, «non può desumersi, neppure in termini di dubbio, che l'imputato fosse consapevole dell'illecito traffico valutario⁴⁷.

Emerge così la necessità di accertare la piena consapevolezza del reato commesso dall'amministratore⁴⁸.

4.1.2. *Giurisprudenza successiva alla riforma del diritto societario*

Verifichiamo se, dopo la riforma del diritto societario, il mutamento della disciplina extrapenale ha in qualche modo inciso sulla responsabilità penale a titolo omissivo.

Una recente sentenza della Cassazione conferma l'alleggerimento della posizione degli amministratori senza deleghe a seguito della obiettiva restrizione dei loro doveri di controllo per effetto della modifica degli

⁴⁶ Sul punto v. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Koln-Berlin-Bonn-München. Per una sintetica esposizione delle posizioni di questo Autore e per le critiche a cui va incontro, v. EUSEBI, *In tema di accertamento*, cit., 1072 ss.

⁴⁷ Nel caso concreto dalla anomalia delle operazioni poteva sorgere il sospetto che l'attività fosse ai margini del lecito o genericamente illecita, ma non a sospettare che vi fosse il reato valutario: così C. App. Milano, 22 aprile 1986, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1060 (con nota di EUSEBI) che ribalta la sentenza di primo grado che aveva fondato la responsabilità di un direttore di banca sul «presupposto che, in considerazione del particolare ruolo rivestito, non poteva non essere consapevole e complice dell'illecito valutario; critica al tribunale che avrebbe spostato la ricerca dell'elemento soggettivo del reato dal piano suo proprio, che è quello psicologico, a quello normativo; invece di ricostruire, sulla base dei dati di fatto sintomatici, la realtà psicologica che informava il comportamento del prevenuto, ha tratto sostanzialmente una presunzione di dolo dall'inosservanza di determinate regole astratte».

⁴⁸ Cass., V, 24 maggio 2006, n. 36764, CED Cass. pen., 2006.

artt. 2381 e 2392 c.c.: viene meno l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituito da una diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze, nei cui limiti rispondono ex art. 2392, c. 1 c.c.; permane, ex art. 2381 c.c., un dovere di valutazione sulla base delle informazioni ricevute ed un dovere di agire in modo informato⁴⁹.

A questa restrizione della posizione di garanzia, in ragione della delimitazione degli obblighi di controllo, questa sentenza fa proprio, sul piano dell'elemento soggettivo, l'orientamento interpretativo che richiede di accertare in capo agli amministratori la conoscenza di fatti costitutivi di reato, ossia la rappresentazione dell'evento. Si ribadisce in modo netto qualsiasi equiparazione, in capo agli amministratori deleganti, tra conoscenza e conoscibilità del reato commesso dagli amministratori con delega, al fine di tenere distinta l'imputazione dolosa da quella colposa⁵⁰.

Dal confronto con la giurisprudenza precedente alla riforma del diritto societario è possibile trarre brevi osservazioni interlocutorie. Sebbene le generalizzazioni rischino sempre di riflettere una verità parziale, è possibile affermare che prima del d. lgs. n. 6/2003 la giurisprudenza mostrava scarsa attenzione al profilo oggettivo dell'obbligo giuridico di impedire l'evento e del nesso causale tra condotta omessa e reato non impedito e, quanto all'elemento soggettivo, erano presenti diversi segnali di espansione del dolo eventuale a scapito della colpa, anche se, sul punto, sembrano profilarsi sentenze più attente ad un puntuale accertamento dell'elemento soggettivo.

Maggiore attenzione a ricondurre la responsabilità penale degli amministratori per omesso controllo ai principi generali del concorso mediante omissione è invece presente nella sentenza della Cassazione che si è confrontata con la riforma del diritto societario: è possibile rinvenire, sul piano della struttura oggettiva del fatto, una tendenza a restringere la posizione di garanzia quale effetto della restrizione degli obblighi di controllo e sul piano dell'imputazione soggettiva il consolidamento di quel filone giurisprudenziale che già in precedenza aveva valorizzato la piena attuazione del principio di colpevolezza, escludendo meccanismi presuntivi di accertamento del dolo eventuale.

4.2. La responsabilità degli amministratori di diritto per i reati commessi dagli amministratori di fatto

L'interesse per i profili di responsabilità dell'amministratore di diritto per i reati commessi dall'amministratore di fatto non nascono in presenza di un vero e proprio accordo tra amministratore di fatto e am-

⁴⁹ Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 103 con ampia nota di CENTONZE.

⁵⁰ Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, cit., 103.

ministratore di diritto, casi in cui è indubbia la sussistenza degli estremi del concorso di persone⁵¹, ma nei casi in cui manchi un espresso accordo e la responsabilità del primo venga fondata sull'omesso controllo sull'operato del secondo.

La giurisprudenza di legittimità è sempre stata ferma nell'escludere la responsabilità di posizione del rappresentante della società per tutti i reati commessi al suo interno, nel rispetto degli artt. 27 Cost. e 40 c.p.⁵². Una particolare posizione assume però l'amministratore di diritto quando si tratta di valutare la posizione dello stesso rispetto ai fatti commessi dai soggetti di fatto.

Per giurisprudenza costante la posizione di garanzia viene fondata sull'art. 2392 c.c. in forza del generale dovere di vigilare sulla conduzione della gestione sociale⁵³.

Una recente sentenza ha posto attenzione all'accertamento del nesso di causalità tra omesso controllo e reato realizzato quale effetto del maggior rigore nell'accertamento del nesso di causalità impresso dalla svolta delle sentenze di Cassazione del settembre 2000: si richiede, infatti, una probabilità confinante con la certezza⁵⁴.

La maggior parte delle sentenze, però, si sofferma sull'elemento soggettivo, rispetto al quale gli orientamenti giurisprudenziali sono alquanto variegati.

Alcune pronunce si limitano a richiedere la *violazione dell'obbligo di controllo, senza soffermarsi sull'elemento soggettivo*, anzi sembrano prescindere da tale elemento, quali che lo stesso fosse implicito nella inerzia dell'amministratore di diritto⁵⁵. Quando si afferma che la responsabilità dell'amministratore sussiste quando non si sia attivato per impedire eventi pregiudizievoli «o addirittura qualora vi sia stata consapevolezza o volontà di agevolarlo nella commissione di attività delittuose a danno della società, dei soci e dei creditori sociali»⁵⁶, si mostra di intendere sufficiente l'inazione dell'amministratore di diritto.

La giurisprudenza prevalente valorizza la figura del dolo eventuale per l'imputazione del reato all'amministratore di diritto. Ovviamente l'estensione della imputazione soggettiva dipenderà dal rigore con cui la

⁵¹ Cass., Sez. V, 27 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 2232.

⁵² Cass., Sez. V, 6 maggio 1983, in *Giust. pen.*, 1984, II, 110.

⁵³ Cass., Sez. V, 26 ottobre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 4701; Cass., Sez. V, 5 febbraio 1998, in *Riv. trim. dir. pen., ec.*, 2001, 189, con nota di BULSO; Cass., Sez. V, 6 settembre 1993, in *Riv. pen.*, 1994, 695; Cass., Sez. V, 7 luglio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 675; Cass., Sez. V, 6 settembre 1993, in *Riv. pen. ec.*, 1995, 73; Trib. Arezzo, 5 febbraio 2008, in *Giur. mer.*, 2008, 1713.

⁵⁴ Trib. Pescara, 19 marzo 2002, in *De Jure Giuffrè*.

⁵⁵ Cass., Sez. V, 7 luglio 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 675; C. 19 settembre 1992, in *Giust. pen.*, 1993, II, 404; Cass., Sez. V, 6 settembre 1993, in *Riv. pen. ec.*, 1995, 73.

⁵⁶ Cass., Sez. V, 28 giugno 1993, in *Riv. pen. ec.*, 1995, 262.

giurisprudenza accerta il dolo eventuale. In termini molto ampi si è, ad esempio, affermato:

Nel caso concreto non v'è dubbio che l'amministratore titolare conosceva i suoi doveri giuridici di vigilare sul comportamento dell'amministratore di fatto, e ha coscientemente omesso di esercitarli, con ciò accettando il rischio che l'amministratore effettivo commettesse i reati tributari che egli aveva il dovere giuridico di impedire⁵⁷.

Non basta, però, la semplice accettazione della carica a fondare una responsabilità della testa di legno a titolo di dolo eventuale, in quanto si ritiene necessario accertare la *consapevolezza del reato commesso* dall'amministratore di fatto o *l'accettazione del rischio*⁵⁸.

In un processo per bancarotta documentale l'affermazione della responsabilità è stata condizionata alla sussistenza dei seguenti requisiti della accettazione della carica, della violazione dei doveri di controllo e della effettiva e concreta consapevolezza dello stato delle scritture: se si prescindesse da questi elementi, si rischierebbe di «ledere il principio della responsabilità penale, ovvero di traslare il dolo della bancarotta fraudolenta in un addebito a sfondo meramente colposo»⁵⁹. Anche la giurisprudenza di merito si mostra sensibile ad un rigoroso accertamento del dolo per evitare forme di responsabilità oggettiva⁶⁰.

Particolarmente rigorosa nell'accertamento del dolo si dimostra una sentenza che esclude il dolo, se l'amministratore di diritto rimane «estraneo alle vicende societarie, di fatto gestite da altri ovvero se dimostra la totale dissociazione dall'operato degli stessi gestori»⁶¹.

L'accoglimento della figura del dolo eventuale è, però, esposta anche ad orientamenti che conducono, di fatto, a ricondurre alla responsabilità dolosa casi di imputazione meramente colposa. Proprio l'accettazione della carica di amministratore di diritto diventa la base per fondare il meccanismo presuntivo che dalla colpa consente di passare al dolo, in quanto «la semplice accettazione della carica attribuisce allo stesso

⁵⁷ Cass., Sez. III, 9 aprile 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 2629.

⁵⁸ Cass., Sez. V, 5 febbraio 1998, n. 3328; Cass., Sez. V, 6 maggio 1999, n. 7583; chiaramente in tal senso Cass., Sez. V, 26 novembre 1999, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 471, la quale annulla una sentenza che aveva di fatto imputato a titolo doloso un fatto colposo, che può rilevare agli effetti della responsabilità civile, ma non agli effetti della responsabilità per bancarotta fraudolenta. Con riferimento al concorso in bancarotta, non si richiede la consapevolezza dei singoli episodi distrattivi, ma si considera sufficiente una generica consapevolezza che l'amministratore di fatto compia una delle condotte descritte dall'art. 216 l. fall.: Cass., Sez. V, 1 luglio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2789.

⁵⁹ Cass., Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44293, in *CED Cass.*, 2005.

⁶⁰ Trib. Pescara, 19 marzo 2002, in *De Jure Giuffrè*.

⁶¹ Cass., Sez. V, 3 giugno 2005, in *Guida dir.*, 2006, 17, 105.

doveri di vigilanza e controllo, il cui mancato rispetto comporta responsabilità penale o a titolo di dolo generico, per la consapevolezza che dalla condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato, o a titolo di dolo eventuale per la semplice accettazione del rischio che questi si verificino»⁶².

Una confusione tra responsabilità dolosa e colposa è chiaramente rinvenibile, laddove, in relazione ad una imputazione per bancarotta fraudolenta, si afferma che l'obbligo giuridico di impedire l'evento, per dar luogo a responsabilità penale, deve rispettare il principio di colpevolezza, per cui «non può affermarsi la responsabilità di alcuno, neppure del prestanome, se il fatto non risulti, in concreto, realmente a lui rimproverabile, e cioè prevedibile e prevenibile»: la Cassazione annulla la sentenza, perché non è stato accertato se i prestanome «ne avevano avuto o potevano averne, perlomeno, conoscenza»⁶³. La prevedibilità e prevenibilità dell'evento, l'accertamento in ordine al fatto che il prestanome ne potesse aver avuto conoscenza sono profili che attengono semmai ad una imputazione colposa, ma mai dolosa.

Un terzo gruppo di sentenze, invece, si presenta più sensibile alle esigenze di garanzia nell'accertamento della *responsabilità concorsuale dolosa*. Si afferma così in modo netto la necessità di distinguere tra i profili della imputazione oggettiva e soggettiva del fatto: la prima ancorata agli artt. 2392 c.c. e 40 cpv. c.p.; la seconda all'accertamento effettivo del dolo⁶⁴. Questo orientamento interpretativo appare ancor più significativo se si considera che viene ribadito in relazione alla responsabilità concorsuale in bancarotta fraudolenta, al cui dolo è sufficiente la generica consapevolezza delle distrazioni, senza necessità di una rappresentazione sui singoli episodi specifici⁶⁵.

La scissione tra profilo oggettivo e soggettivo dell'imputazione è essenziale per evitare che dalla violazione dell'obbligo di vigilanza sia desunto, quasi automaticamente, il dolo di concorso. In senso corretto la Cassazione ha più di recente affermato che a fondare la responsabilità per la bancarotta fraudolenta non è sufficiente la violazione dell'obbligo di vigilanza *ex art. 2392 c.c.*, «quando la stessa non sia preordinata a rendere

⁶² Cass., Sez. V, 6 aprile 2006, in *Riv. pen.*, 2007, 172; analogamente Trib. Messina, 17 marzo 2006, *De Jure Giuffrè*.

⁶³ Citazioni tratte da Cass., Sez. V, 13 febbraio 2006, n. 9807, in *CED Cass.*, 2006.

⁶⁴ Cass., Sez. V, 12 dicembre 2005, in *Cass. pen.*, 2007, 4701; C. V, 5 febbraio 1998, n. 3328; Cass., Sez. V, 20 ottobre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 1976, che annullare la sentenza di condanna per bancarotta per distrazione, nella quale i giudici si erano limitati a rilevare la violazione dell'obbligo di vigilanza, senza soffermarsi sull'elemento soggettivo: il fatto che l'amministratore di diritto si limitasse a fare da esecutore dell'amministratore di fatto, non dice ancora nulla sull'elemento soggettivo.

⁶⁵ Cass., Sez. V, 23 giugno 1999, in *Cass. pen.*, 2000, 1784; Cass., Sez. V, 1 luglio 2002, in *Cass. pen.*, 2003, 2789; Cass., Sez. V, 12 dicembre 2005, in *Cass. pen.*, 2007, 4701.

possibile la commissione di reati; detta inosservanza può rilevare infatti esclusivamente quando si tratta di reati punibili a titolo di colpa»⁶⁶.

Ad un'analogha conclusione è giunta anche la giurisprudenza di merito in relazione ai profili di responsabilità dell'amministratore unico per reati commessi dal procuratore speciale. Fondata la posizione di garanzia del primo *ex artt.* 40 *cpv. c.p.* e 2392 *c.c.*, si afferma che l'inosservanza dei doveri di vigilanza può fondare solo una imputazione colposa, ma non a titolo di dolo, necessaria per il delitto di bancarotta fraudolenta; per dar luogo a responsabilità dolosa, l'omessa vigilanza deve essere «preordinata a rendere possibile la commissione di reati»⁶⁷.

4.3. *Responsabilità omissiva dell'amministratore di fatto*

L'espressa estensione della responsabilità diretta per i reati propri anche agli amministratori di fatto, ai sensi del nuovo art. 2639 *c.c.*, ha posto anche in giurisprudenza il problema della estensione della loro responsabilità. Se, infatti, oggi passa attraverso il filtro dell'art. 2639 *c.c.* la responsabilità per i reati propri societari, maggiori dubbi solleva la possibilità di riferire anche ai soggetti di fatto una responsabilità concorsuale omissiva. L'equiparazione voluta dal legislatore tra soggetti di fatto e soggetti di diritto conduce ad estendere *anche agli amministratori di fatto la responsabilità a titolo di concorso omissivo*. In tal senso la Cassazione ha recentemente affermato che «assume rilievo ... anche la colpevole (e consapevole) inerzia a fronte del verificarsi di ogni evento da altri cagionato ed a costui imputabile *ex art.* 40 *c.p.*, comma 2, perché pregiudizievole per la società»⁶⁸. Si tratta, peraltro, di una questione che assume nella prassi un significato del tutto marginale, considerato che i casi che possono coinvolgere gli amministratori di fatto riguardano le condotte attive degli stessi e, più raramente, una responsabilità per omesso impedimento del reato.

4.4. *La responsabilità dei sindaci*

Anche rispetto alla posizione dei sindaci è possibile prendere in considerazione l'evoluzione della giurisprudenza prima e dopo la riforma del diritto societario, al fine di capire se quest'ultima abbia in qualche misura inciso sulla responsabilità penale, sebbene il riscontro nella prassi sia ancora del tutto limitato.

⁶⁶ Cass., Sez. V, 26 ottobre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 4701.

⁶⁷ Trib. Arezzo, 5 febbraio 2008, in *Giur. mer.*, 2008, 1713.

⁶⁸ Cass., Sez. V, 11 gennaio 2008, n. 7203.

La giurisprudenza è univoca nel fondare la posizione di garanzia dei sindaci sugli artt. 2403 e 2407 c.c.: ad essi «è attribuita una posizione di controllo e di garanzia che impone loro, in ogni caso – e siamo al *minimum* – l'obbligo giuridico di impedire che gli amministratori, nell'esercizio delle loro funzioni, compiano atti contrari alla legge, o addirittura atti sanzionati dalla legge penale»⁶⁹. Le norme che fondano la responsabilità sul piano civile hanno, dunque, un risvolto di natura penale, in quanto fondano l'obbligo giuridico di impedire l'evento (*rectius*, il reato).

È rispetto alla posizione dei sindaci che sono più forti le divergenze tra dottrina e giurisprudenza. La prima, infatti, soprattutto in questi ultimi anni, ha evidenziato la necessità di tenere distinta la posizione di garanzia, in grado di fondare la responsabilità a titolo di contributo omissivo, dagli obblighi di vigilanza, incapaci di fondare una responsabilità *ex art.* 40 cpv. c.p. e rilevanti solo nella misura in cui la legge sanziona direttamente l'omessa attivazione di tali obblighi. Al contrario, la giurisprudenza giustifica la posizione di garanzia proprio in ragione degli obblighi di controllo che si traducono in altrettanti obblighi di impedimento. Si afferma, infatti, che «presupposto della responsabilità per omissione è che la legge attribuisca al soggetto l'obbligo di agire e una funzione di controllo: che il soggetto ricopra cioè una posizione di garanzia»⁷⁰; i sindaci possono rispondere *ex art.* 40 cpv. «in quanto titolari di una funzione di controllo e quindi soggetti obbligati all'impedimento del reato»⁷¹.

Anche rispetto ai sindaci si è posto il problema dell'area dei reati dei quali sono chiamati a rispondere. Se generalmente l'ambito è definito dai reati tipici della criminalità di impresa rispetto ai quali interviene il controllo di legalità del collegio sindacale (reati societari e reati fallimentari), in alcuni casi la responsabilità è stata affermata rispetto al mancato compimento di altri reati. In questa direzione, i sindaci sono stati considerati responsabili per omesso impedimento di reati edilizi, in quanto hanno «obblighi di intervento per scongiurare il verificarsi di danno al patrimonio sociale, quale quello rinveniente dalla perdita di notevoli capitali impiegati nella realizzazione di una costruzione soggetta a provvedimento di demolizione»⁷².

Questa estensione della responsabilità è conseguente alla *impropria attribuzione ai sindaci di una posizione di protezione sul capitale sociale rispetto a tutti gli interessi implicati nella gestione sociale*, con applicazione degli artt.

⁶⁹ Cass., Sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 1849; Cass., Sez. V, 26 giugno 1990, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 265. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Milano, 16 aprile 1992, cit., 1087; Trib. Torino, 21 settembre 1984, in *Il fisco*, 1985, 923; Trib. Lecce, 30 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, II, 653.

⁷⁰ Cass., Sez. V, 24 maggio 2006, n. 36764, CED, 2006.

⁷¹ Trib. Lecce, 30 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, II, 659.

⁷² Cass., Sez. fer., 31 agosto 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 716.

40 cpv.-110 c.p. a tutti i reati commessi nell'ambito della gestione sociale: in questo modo «viene inevitabilmente sganciata l'estensione dell'obbligo di garanzia dei sindaci con rilievo penale, dall'ambito di effettivo controllo sull'attività sociale che gli stessi hanno nell'esercizio dei poteri connessi alla loro funzione»⁷³.

Analogamente a quanto ho rilevato per la posizione degli amministratori, anche rispetto ai sindaci la giurisprudenza non si sofferma particolarmente sulle norme che disciplinano i doveri-poteri dei sindaci⁷⁴, giungendo ad una «pericolosa confusione di piani tra obblighi di controllo e obblighi di garanzia posti in funzione di impedimento»⁷⁵. Non si chiarisce quali poteri, che ineriscono alle funzioni di controllo, abbiano effettiva efficacia impeditiva dell'evento, perché, come indicato innanzi, gli obblighi di controllo si traducono in obblighi di impedimento. L'ampiezza della posizione di garanzia dei sindaci è, quindi, dipendente dall'ampiezza dei poteri di controllo.

La giurisprudenza è solita affermare che il controllo sull'operato degli amministratori è di tipo sostanziale, non meramente formale⁷⁶, in quanto si tratta di un controllo sulla gestione⁷⁷. Lo confermerebbe il fatto che i sindaci possano chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni o su determinate operazioni⁷⁸. Particolare attenzione al contenuto sostanziale del controllo è prestata nel settore bancario, dove «il ruolo dei sindaci è dotato di caratteristiche particolari in funzione di una sorveglianza attiva ed incisiva estesa ai vari settori e non limitata a verifiche di natura prevalentemente formale»⁷⁹.

Nella definizione dei poteri dei sindaci la dottrina evidenzia giustamente come la giurisprudenza non sempre tenga conto del fatto che i poteri dei quali sono titolari sono *collegiali*, mentre la responsabilità penale è, e deve rimanere, personale: fondare l'obbligo giuridico di impedire l'evento-reato sulla mancata attivazione dei controlli di pertinenza del collegio sindacale rischia di tradursi in una violazione del principio di colpevolezza⁸⁰. Per

⁷³ PISANI, *op. cit.*, 19.

⁷⁴ PISANI, *op. cit.*, 5.

⁷⁵ PISANI, *op. cit.*, 7. Evidenzia la problematicità nella individuazione del comportamento doveroso, soprattutto nelle fattispecie omissive improprie colpose, GRASSO, *op. cit.*, 441.

⁷⁶ Trib. Milano, 16 aprile 1992, cit., 1088; Cass., Sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 184; Trib. Lecce, 30 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, II, 658; Cass., Sez. V, 22 aprile 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 652.

⁷⁷ Cass., Sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 1849; Trib. Milano, 24 agosto 1994, in *Riv. pen. ec.*, 1996, 88.

⁷⁸ Cass., Sez. V, 13 dicembre 2006, in *Fall.*, 2007, 1372.

⁷⁹ Trib. Milano, 24 agosto 1994, in *Riv. pen. ec.*, 1996, 91.

⁸⁰ CRESPI, *La giustizia penale nei confronti dei membri degli organi collegiali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1147 ss.; PISANI, *op. cit.*, 22; LA ROSA, *op. cit.*, 93.

superare questa obiezione, la Cassazione ha evidenziato che il sindaco ha il *dovere di intervenire anche individualmente* tutte le volte in cui gli amministratori violino la legge penale⁸¹: tradotto il dovere collegiale in dovere individuale, anche l'obiezione del principio di colpevolezza viene meno.

Un limite ai doveri di intervento dei sindaci è sicuramente costituito dall'esercizio di poteri di amministrazione attiva, che non gli competono, in quanto «non è in alcun modo previsto dalla legge che il sindaco possa sostituire l'amministratore inadempiente»⁸².

Se già l'individuazione della condotta doverosa omessa è carente, altrettanto poco considerato è il profilo del *nesso di casualità* tra omesso controllo e reato non impedito: spesso non si va al di là dell'affermazione di principio della necessità di tale elemento⁸³. Si segnala peraltro una isolata pronuncia che richiede un accertamento puntuale di tale elemento, per il quale non è sufficiente «una valutazione probabilistica, ma la stessa deve avvicinarsi al massimo alla certezza»⁸⁴.

Il profilo più problematico che ha interessato lo sviluppo della giurisprudenza prima della riforma del diritto societario è comunque costituito dall'imputazione soggettiva del fatto, «caratterizzata da una *esaltazione del dolo eventuale*»⁸⁵. Rispetto al mancato impedimento dei reati dolosi si afferma, ovviamente, la necessità che i sindaci siano consapevoli del reato⁸⁶, ma si afferma la sufficienza del dolo eventuale, desunto dal richiamo ai segnali di allarme:

«non è necessario che il sindaco abbia previsto con certezza la realizzazione come conseguenza della sua inattività, essendo sufficiente che ne abbia previsto la commissione con una elevata probabilità» – questo elemento può essere desunto da indici di rischio o campanelli d'allarme⁸⁷.

Il dolo dei sindaci è desunto dalla *gravità delle omissioni* nell'esercizio delle funzioni di controllo:

⁸¹ Cass., Sez. V, 29 novembre 1990, in *Giust. pen.*, 1991, II, 645.

⁸² In tal senso, v. Cass., Sez. V, 12 novembre 2001, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1251, con nota di ANDRIA: i giudici rileva che il collegio sindacale ha solo «il potere di convocare un'assemblea dei soci per deliberare in ordine alle riscontrate inadempienze dell'amministratore».

⁸³ Cass., Sez. V, 19 giugno 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 404; Cass., Sez. V, 21 novembre 1989, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 271; Trib. Milano, 16 aprile 1992, cit., 1089. A riguardo vedi MELCHIONDA, *La responsabilità penale dei sindaci di società commerciali: problemi attuali e prospettive di soluzione*, in *Ind. pen.*, 2000, 54 ss.

⁸⁴ Cass., Sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 1849; sulla necessità dell'accertamento del nesso causale v. anche per Trib. Lecce, 30 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, II, 658.

⁸⁵ Così CARMONA, *Premesso a un corso di diritto penale dell'economia. Mercato, regole e controllo penale nella postmodernità*, Padova, 2002, 272.

⁸⁶ Trib. Torino, 21 settembre 1984, in *Il fisco*, 1985, 923.

⁸⁷ Trib. Lecce, 30 novembre 1993, in *Foro it.*, 1995, II, 659.

[...] le loro omissioni appaiono connotate da tale gravità ed intensità da far ritenere raggiunta la prova dell'esistenza di un accordo con gli autori materiali del reato in questione e, quindi, di una dolosa collaborazione prestata per la riuscita dell'operazione, con riferimento anche alla specifica preparazione professionale⁸⁸.

In questa sentenza il dolo è desunto dalla gravità del fatto e dal livello professionale dei sindaci, ai quali viene addebitato di «non poter non sapere» e quindi di «non poter non aver accettato il rischio di commissione del reato».

È l'aver omesso di esercitare i doveri di controllo o l'inerzia nell'adozione delle iniziative previste dalla legge, con la previsione della conseguente caotica tenuta dei libri contabili, a fondare l'accettazione del rischio che venisse posta in essere una bancarotta fraudolenta⁸⁹.

Diventa, quindi, essenziale, la valutazione del significato assunto dalle conoscenze professionali nel contesto in cui è maturato il reato:

La violazione dei loro doveri da parte dei componenti del Collegio sindacale deve inquadarsi, per essere adeguatamente apprezzata, nel contesto che si è ricostruito, nella peculiarità dell'azienda, sia dal punto di vista generale (impresa esercente il credito), sia dal punto di vista particolare (amplissima delega conferita al presidente del consiglio di amministrazione), circostanze tutte, queste, che avrebbero dovuto comportare una accresciuta diligenza nell'assolvimento di quei doveri, diligenza accresciuta alla quale i Sindaci erano stati espressamente sollecitati, con specifica enunciazione delle passate e gravi manchevolezza, dalla relazione ispettiva⁹⁰.

Ancor più di quanto accada per gli amministratori, l'espansione del dolo eventuale tende ad includere nella responsabilità dolosa omissioni di tipo sostanzialmente colposo, ben evidenti nella sentenza da ultimo riportata, nella quale la violazione delle regole di diligenza non consente di fondare di per sé la prova del dolo.

Il ricorso ad elementi di tipo presuntivo nell'accertamento del dolo eventuale attraverso la contestazione di condotte colpose è evidente laddove la violazione del dovere di diligenza fonda l'accettazione del rischio, come elemento costitutivo del dolo:

[...] gli amministratori avevano assunto o ratificato centinaia di delibere, relative ad operazioni che contenevano in sé anomalie tali da dover richiamare la loro attenzione, senza mai un voto contrario, un interven-

⁸⁸ Cass., Sez. V, 28 febbraio 1991, in *Cass. pen.*, 1991, 1849.

⁸⁹ Cass., Sez. V, 21 novembre 1989, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 271.

⁹⁰ Trib. Milano, 24 agosto 1994, in *Riv. pen. ec.*, 1996, 93.

to, una richiesta di chiarimenti e dall'aver mai i sindaci fatto osservazioni, rilievi o proposte, nonostante l'importanza delle delibere stesse»; «attraverso segnali univoci e numerosi, amministratori e sindaci avevano avuto il dubbio che in certe aree e attraverso le società consociate venissero poste in essere operazioni non semplicemente rischiose, ma al di fuori dei canoni delle operazioni bancarie tipiche e, malgrado ciò, avevano persistito nell'inerzia, così accettando il rischio che si potessero verificare eventi pregiudizievoli⁹¹.

Se questo è lo stato della giurisprudenza anteriore alla riforma del diritto societario, non sembra che molto sia cambiato dopo il d. lgs. n. 6/2003, perché la Cassazione ha ribadito la posizione di garanzia dei sindaci, con il possibile loro coinvolgimento sul piano concorsuale: le modificazioni della disciplina sui loro poteri di vigilanza non comportano alcuna limitazione sul piano della responsabilità dolosa, in quanto – si è affermato – i sindaci rispondono solo se sono pienamente consapevoli del reato commesso dagli amministratori⁹².

5. *Brevi conclusioni interlocutorie*

Il settore del diritto penale di impresa si muove in un ambito fortemente formalizzato dalla disciplina extrapenale (*contesto formalizzato*); al contempo però la responsabilità penale si è sviluppata secondo regole di *imputazione sostanziale*, come hanno evidenziato l'emersione dei soggetti di fatto, che si sono imposti, dapprima nella prassi applicativa e poi a livello legislativo, per ragioni di tutela sostanziale dei beni giuridici rispetto all'approccio puramente formale delle teorie civilistiche⁹³. La responsabilità omissiva nel diritto penale di impresa presenta un analogo orientamento?

È innanzitutto necessario sgomberare il campo da due situazioni che potrebbero falsare le riflessioni della presente indagine: innanzitutto, al

⁹¹ C. App. Milano, 10 giugno 1996, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 592. Il punto centrale, messo bene in evidenza da Crespi, è che «essere venuti materialmente a conoscenza di quei segnali non significa affatto ... averli altresì valutati come avvertenza di situazione di oggettiva pericolosità per la sopravvivenza dell'impresa bancaria» (CRESPI, *La giustizia penale*, cit., 1155).

⁹² Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 103.

⁹³ Su questo sviluppo si rinvia a MARRA, *Legalità ed effettività delle norme penali. La responsabilità dell'amministratore di fatto*, Torino, 2000, *passim*. Dopo la riforma del diritto penale societario, v. ALESSANDRI, *I soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 43 ss.; ROSSI, *Reati ed illeciti amministrativi societari*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, I*, a cura di Grosso, Torino, 2007, 8275 ss.; DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639), I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda e Seminara, Padova, 2002, 5 ss.

momento è del tutto marginale la contestazione degli artt. 110 e 40 cpv. c.p. agli amministratori di fatto, come ho innanzi evidenziato; in secondo luogo, sono marginali i casi nei quali la condotta omissiva viene assunta ad indizio di una condotta attiva di istigazione (né d'altra parte sono questi i casi più problematici).

Nell'ambito del diritto penale di impresa è il combinato disposto degli artt. 40 e 110, unitamente alla disciplina civilistica sugli obblighi di controllo, a fondare la responsabilità penale omissiva ed è questo l'ambito rispetto al quale va concentrata la riflessione. A riguardo è possibile esporre alcune osservazioni interlocutorie prima di esporre alcune personali considerazioni conclusive.

(a) Prima conclusione.

Il presupposto: la formalizzazione delle posizioni di garanzia.

L'analisi della giurisprudenza consente di affermare che nella responsabilità per concorso omissivo è *essenziale il profilo formale della qualifica civilistica*, che fonda la posizione di garanzia penalmente rilevante: *in un contesto formalizzato prevale una posizione di garanzia formalizzata*.

Il dato più significativo che sembra emergere in giurisprudenza è costituito dalla *trasformazione degli obblighi di controllo in altrettanti obblighi di impedimento del reato*, trascurando che il riconoscimento di obblighi di vigilanza è prodromico alla costituzione di posizioni di garanzia, ma i primi non si traducono necessariamente nelle seconde: è questo, forse, il punto di maggiore attrito con la dottrina, che, al contrario, sollecita una revisione critica del modello penale espansivo, attraverso una interpretazione restrittiva dell'amplessimo art. 40 cpv. c.p. ed una maggiore attenzione alla disciplina extrapenale che vi si innesta.

La giurisprudenza tende a cristallizzare le posizioni di garanzia in relazione alla funzione formalmente rivestita con una *traslazione del fondamento della responsabilità civile in fondamento della responsabilità penale*, riproponendo nel settore del diritto penale d'impresa quella teoria formale dell'obbligo giuridico di impedire l'evento che trasformava gli obblighi extrapenali in altrettanti fonti del reato omissivo improprio.

In particolare è sul versante dell'elemento oggettivo che si assiste ad una *funzione impropria delle regole di tipizzazione giurisprudenziale dell'obbligo giuridico di impedire il reato nei contesti di impresa*: innanzitutto, non sempre la giurisprudenza chiarisce quali sono le condotte doverose, trincerandosi dietro affermazioni generiche, che denotano lo scarso contributo alla tipizzazione del contributo concorsuale omissivo; inoltre, la violazione delle regole sul controllo interno diventa elemento sintomatico del dolo, non solo del momento volitivo, ma anche di quello rappresentativo, con un *processo di normativizzazione del dolo* fortemente arretrato, secondo le cadenze argomentative, più o meno esplicitate dalla giurisprudenza, del «non poteva non sapere», «non può non aver previsto», «non può

non aver accettato il rischio». La violazione di una regola precauzionale diventa fondamento della responsabilità dolosa.

(b) Seconda conclusione.

L'effetto: la volatilizzazione degli elementi oggettivi del reato omissivo improprio doloso.

Si ripropongono nell'ambito della responsabilità omissiva dei soggetti titolari delle funzioni di controllo nelle organizzazioni complesse i limiti in cui spesso incorre la dogmatica del reato omissivo improprio, che conduce a quella che è stata definita come la «*fuga in avanti*» della fattispecie⁹⁴, con trasformazione di un reato doloso d'evento nell'agire omissivo colposo: l'accertamento dell'obbligo di impedimento dell'evento viene fondato sulla violazione dell'obbligo di controllo; l'accertamento del nesso causale tra condotta omissiva e reato non impedito viene presunto nella stessa violazione dei doveri di controllo; infine la violazione dell'obbligo di controllo fonda la prevedibilità dell'evento che, attraverso presunzioni, giustifica l'imputazione a titolo di dolo eventuale. In tal modo quella che dovrebbe essere una responsabilità fondata su un reato omissivo improprio doloso (il volontario mancato impedimento dell'altrui reato) si trasforma, di fatto, nella imputazione colposa di un reato di pura condotta (il colposo mancato assolvimento dei doveri di controllo).

(c) Terza conclusione.

L'epilogo: il rischio di una responsabilità di posizione mascherata.

Questo processo determina una *tendenziale responsabilità di posizione dei soggetti di diritto*. Poiché l'imputazione penale deve rispettare i principi della responsabilità per fatto proprio e per fatto proprio colpevole, la giurisprudenza giunge sostanzialmente a questo esito, mascherando la responsabilità di posizione nelle pieghe di una responsabilità per fatto proprio (nesso causale) colpevole (dolo), che in realtà nasconde il mancato accertamento del nesso causale e la trasformazione della responsabilità colposa in responsabilità dolosa, complice la magmatica figura del dolo eventuale.

6. Indicazioni per un superamento dei limiti del contributo omissivo concorsuale

Non è qui in discussione l'astratta possibilità di configurare, in capo ai soggetti titolari di funzioni di controllo in ambito societario, una posizione di garanzia, avente ad oggetto l'obbligo di impedire l'altrui reato,

⁹⁴ PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.*, 1992, 821 ss.

in quanto è proprio la previsione di organi interni di controllo a rappresentare un modello tipico di posizione di garanzia, sia essa assimilabile ad una posizione di protezione (la tutela degli interessi patrimoniali dei soci e creditori) o ad una posizione di controllo (sulla fonte di pericolo costituita dall'agire dei soggetti sottoposti a controllo). Lo confermano le stesse riflessioni condotte dalla dottrina in ordine alla ammissibilità di queste posizioni di garanzia, per le quali si richiede o che il soggetto autore del reato non sia capace di orientare il proprio comportamento (e non è questo ovviamente il caso che ci interessa) o che sussista una potestà di controllo in capo ad un soggetto sulla condotta dell'autore dell'infrazione, come nelle ipotesi dei controlli interni societari⁹⁵.

È necessario, invece, chiedersi attraverso quali meccanismi possa essere evitata, per dirla con Stella, la flessibilizzazione del diritto penale e l'utilizzo improprio della responsabilità penale in funzione di tutela degli interessi da tutelare⁹⁶. A questo riguardo è necessario verificare se effetti positivi possano essere tratti dalla disciplina extrapenale o se sia invece necessario intervenire direttamente ed esplicitamente sui criteri di imputazione penale.

6.1. *Gli effetti della riforma del diritto societario sulla responsabilità penale*

La dottrina che si occupa dei profili di responsabilità penale concorsuale in ambito societario ha rivolto la propria attenzione agli effetti del d. lgs. n. 6/2003, che ha inciso direttamente sui poteri e doveri degli organi di gestione e di controllo interni alle società. A riguardo, mi limito a svolgere alcune considerazioni cursorie.

a) *Delimitazione dei poteri degli amministratori deleganti.*

L'art. 2381 c.c. continua a prevedere che il consiglio di amministrazione possa delegare proprie attribuzioni ad un comitato esecutivo e che, in tal caso, debba determinare il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega, potendo impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. La ripartizione di competenze tra amministratori deleganti e delegati non era risolta dall'art. 2381 c.c., con la conseguenza che, in base all'obbligo degli amministratori di vigilare sul generale andamento della gestione (art. 2392 c.c.) e di fare quanto potevano per impedire il compimento di atti pre-

⁹⁵ Su queste funzioni v. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 171; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2007, 249 ss.

⁹⁶ Con riferimento al diritto penale d'evento, v. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2002, 185 ss.

giudizievole di cui fossero venuti a conoscenza, veniva imputata ai deleganti la responsabilità per omesso impedimento del reato commesso dai delegati. La nuova versione dell'art. 2381 c.c. offre una delimitazione a riguardo, in quanto agli amministratori delegati spetta curare che «l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa» ed agli amministratori deleganti «valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società». Il significato concreto di questa ripartizione di competenze deve essere rapportato al *flusso informativo*, che viene *delimitato e canalizzato*: da un lato, infatti, si precisa che gli amministratori devono svolgere la valutazione generale sulla gestione «sulla base delle informazioni ricevute»; dall'altro lato, si prevede che siano i delegati a riferire al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate (art. 2381, comma 5 c.c.). Viene meno, dunque, l'obbligo di vigilare sul generale andamento della gestione, che imponeva un obbligo di vigilanza di carattere generale con un altrettanto generale obbligo informativo collaterale, che faceva da trampolino di lancio per l'affermazione di una responsabilità penale concorsuale. D'altra parte, stando all'attuale art. 2392, comma 1 c.c., «gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto con la *diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*» e nel definire i limiti della responsabilità solidale il nuovo comma 3 dell'art. 2392 c.c. esclude i casi di nomina del comitato esecutivo o di amministratori delegati. Come è stato messo in luce dalla dottrina, la linea di politica criminale indicata dal legislatore va nel senso di una restrizione della responsabilità civile degli amministratori deleganti, per venire incontro maggiormente alla realtà delle grandi società nelle quali è impensabile, se non attraverso la costituzione di responsabilità oggettive di posizione, l'effettivo adempimento dell'onere di informazione⁹⁷.

I nuovi limiti ai doveri informativi ed agli obblighi di controllo in capo ai soggetti deleganti rischia, tuttavia, di entrare in crisi per effetto dell'ultimo comma dell'art. 2381 c.c., che impone comunque agli amministratori di «agire in modo informato» e attribuisce ad ognuno il potere di «chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società». A preoccupare non è tanto la potestà di richiedere informazioni agli organi delegati, in quanto l'esercizio di questo *potere*, sebbene sia espressamente configurato come *individuale*, ha come sbocco un *flusso informativo diretto al consiglio*, all'interno

⁹⁷ ROSSI, *op. cit.*, 123; ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2008, 37.

del quale si recupera una dimensione collegiale, che avrebbe altrimenti spezzettato le informazioni nei singoli rapporti tra deleganti e delegati. Preoccupa, piuttosto, il richiamo all'agire informato, che potrebbe essere letto come la riproposizione, nel contesto della nuova disciplina, di quel generale obbligo informativo che aveva caratterizzato la disciplina precedente, con il rischio di vanificare il contenimento degli obblighi di informazione e controllo che la disciplina degli artt. 2381 e 2392 c.c. vorrebbe assicurare⁹⁸. Una tale lettura, tuttavia, si porrebbe in contrasto con il complessivo spirito della riforma sul riequilibrio delle responsabilità all'interno delle società.

b) *La revisione dei poteri e dei doveri dei sindaci.*

In modo non meno significativo è intervenuto il legislatore a ridefinire gli obblighi del collegio sindacale.

Innanzitutto, nella prospettiva della separazione tra controllo gestionale e controllo contabile, è stato *sottratto* ai sindaci il *controllo contabile*, salvo i casi previsti dall'art. 2409-bis, comma 3 c.c. Permane, invece, la vigilanza sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo e si aggiunge il controllo «sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» (art. 2403 c.c.). Quanto alla vigilanza sull'assetto contabile, si impone una interpretazione restrittiva, come controllo di carattere generale sui sistemi contabili adottati, in quanto l'imposizione di un controllo più puntuale riaprirebbe le porte al «vecchio» controllo contabile, che si è voluto chiaramente escludere.

Non credo che la previsione di questo controllo di carattere più generale rappresenti un ampliamento effettivo dei doveri di vigilanza, in quanto non rappresenta altro che una specificazione del generale obbligo di vigilanza della conformità alla legge ed allo statuto contenuto nella previgente formulazione dell'art. 2403 c.c. e che ritroviamo nella nuova formulazione: non a caso è proprio su questo obbligo generico di vigilanza che la giurisprudenza fonda ed estende la posizione di garanzia dei sindaci.

Nel suo complesso, credo, pertanto che l'effetto più importante della riforma vada rinvenuto nella sottrazione al collegio sindacale del controllo contabile, salvi i casi in cui possa essere loro ancora riservato, con ciò che ne consegue anche sui riflessi in ordine alla responsabilità penale⁹⁹.

⁹⁸ MAFFEI ALBERTI, (a cura di), *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2007, sub art. 2392, 532. Sulla questione dei rapporti tra amministratori deleganti e delegati, vedi MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Abbadessa e Portale, Torino, 2007, 835 ss. e specialmente 850 ss.

⁹⁹ ROSSI, *op. cit.*, 133-134.

c) *La delimitazione dei poteri e dei doveri delle funzioni di controllo: effetti sulla responsabilità penale e limiti.*

Se nella definizione della responsabilità concorsuale omissiva di amministratori deleganti e sindaci la giurisprudenza si attenesse ai principi generali che presiedono l'accertamento del dolo, la delimitazione dei poteri di controllo prevista dal d. lgs. n. 6/2003 non dovrebbe avere alcun effetto: in tal senso, ad esempio si è pronunciata la Cassazione nella sentenza che ha rilevato che la riforma del diritto societario non ha inciso sulla posizione di garanzia dei sindaci. In effetti l'art. 2407 c.c., norma sulla quale viene tradizionalmente fondata la posizione di garanzia dei sindaci, continua a prevedere la loro responsabilità solidale «con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica». La Cassazione ha allora avuto buon gioco nell'affermare che, trattandosi di valutare la sussistenza di un concorso doloso, l'obbligo di impedimento del reato sussiste solo in presenza della piena consapevolezza del reato commesso dagli amministratori: nessuna variazione, dunque, dei limiti alla posizione di garanzia che si è tradizionalmente affermata in capo ai sindaci¹⁰⁰.

In effetti la ridefinizione dei doveri di vigilanza e dei poteri di intervento dovrebbe avere effetto solo sul piano della responsabilità colposa, in quanto questi poteri/doveri hanno una chiara finalità cautelare rispetto al verificarsi di eventi pregiudizievoli e una loro delimitazione incide sulla condotta concretamente esigibile dai sindaci e dagli amministratori deleganti¹⁰¹. Ciò detto, va tuttavia riconosciuto che la riforma dovrebbe avere anche un effetto positivo nel delimitare gli slabbramenti a cui abbiamo assistito nell'accertamento del dolo eventuale: considerato, infatti, che la rappresentazione del fatto e l'accettazione del relativo rischio si fondano sulla valutazione dei doveri di vigilanza omissi, una loro delimitazione dovrebbe avere come effetto anche una restrizione nei meccanismi presuntivi e/o di massime di esperienza ai quali si ricorre nell'accertamento del dolo eventuale. La disciplina extrapenale dovrebbe in tal modo contribuire a quel processo, già evidenziato da alcune prese di posizione della giurisprudenza, di maggiore attenzione all'accertamento effettivo delle componenti di rappresentazione e volizione del fatto necessarie per la responsabilità dolosa. La riforma della disciplina extrapenale dovrebbe così contribuire a correggere le storture in cui è molte volte incorsa la giurisprudenza.

Credo, però, che la disciplina dei poteri e doveri degli amministratori e dei sindaci non possa andare oltre nella delimitazione delle posizio-

¹⁰⁰ Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, in *Cass. pen.*, 2008, 103.

¹⁰¹ Evidenzia l'importanza della riforma rispetto alla cooperazione colposa CEN-TONZE, *La suprema Corte di cassazione e la responsabilità omissiva degli amministratori non esecutivi dopo la riforma del diritto societario*, in *Cass. pen.*, 2007, 115.

ni di garanzia di questi soggetti: per quanto una autorevole parte della dottrina abbia, specie rispetto alla figura dei sindaci, ribadito che sono titolari solo di posizioni di vigilanza, che non consentono alcuna imputazione *ex art. 40 cpv. c.p.*¹⁰², costituisce diritto vivente l'affermazione che gli artt. 2392 e 2407 c.c. fondano all'interno delle società posizioni di garanzia¹⁰³. D'altra parte, credo che l'attenzione oggi rivolta ai meccanismi di controllo (non solo interni alle imprese) del mercato, gli effetti pregiudizievoli che la commissione di reati all'interno di società di grandi dimensioni (specie quando ricorrono al capitale di rischio) derivano ai risparmiatori, ai lavoratori ed all'economia, non consentono una contrazione delle posizioni di garanzia che la prassi applicativa della giurisprudenza dà per assodate. D'altra parte, sino a quando permarranno le attuali formulazione degli artt. 2392 e 2407 c.c. mi sembra difficile sostenere che gli obblighi efficaci sul piano della responsabilità civile non abbiano effetti su quello della responsabilità penale: certamente per gli amministratori, sulla cui posizione di garanzia anche la dottrina è concorde, ma anche per i sindaci. Pertanto, più che condurre una battaglia a favore della sussistenza di mere posizioni di vigilanza – si tratta a mio avviso di una battaglia persa in partenza – mi sembra più opportuno, in un dialogo con la giurisprudenza, sollecitare anche in ambito societario una applicazione più rigorosa dei principi generali che presiedono alla responsabilità concorsuale omissiva: non si tratta, dunque, di voler delimitare impropriamente la responsabilità dei soggetti titolari di funzioni di controllo, ma di accertare la responsabilità penale solo a condizione che ne sussistano i presupposti previsti dal sistema.

6.2. L'applicazione dei principi sulla responsabilità omissiva impropria

La necessità di cercare sul terreno delle categorie penalistiche il fondamento della responsabilità penale di amministratori e sindaci impone un accertamento molto più puntuale in ordine alla sussistenza dei punti critici emersi dall'analisi della giurisprudenza.

Innanzitutto è necessario chiarire quale debbano essere le *condotte impeditive* del reato, in quanto «i poteri realmente impeditivi degli illeciti in corso di perpetrazione ... circoscrivono e delimitano ... la garanzia

¹⁰² F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, sussidiarietà, di libertà e di responsabilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 337 ss.; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2008, 86; MELCHIONDA, *op. cit.*, 70.

¹⁰³ A favore della posizione di garanzia, specie rispetto ai sindaci, v. STELLA-PULITANÒ, *La responsabilità penale dei sindaci di società*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 553; PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 250.

esigibile»¹⁰⁴. A riguardo ho evidenziato la genericità delle indicazioni date dalla giurisprudenza. Sono sicuramente condivisibili i rilievi di chi evidenzia un contenimento dei poteri impeditivi: è sicuramente tale, nel modello dualistico, il potere del consiglio di sorveglianza di revocare i componenti del consiglio di gestione (art. 2409-*terdecies*, comma 1 lett. *a c.c.*)¹⁰⁵.

In secondo luogo, l'accertamento del *nesso causale* tra omissione e reato non impedito va escluso nei casi in cui l'omissione consapevole del controllore intervenga quando il reato si è già perfezionato: in tal caso potrà residuare solo una responsabilità civile. Ad es., il potere di denuncia al tribunale esteso dalla riforma del 2003 anche ai sindaci (art. 2409, c. 7 c.c.) sarà solitamente attivata in presenza di reati già consumati, rispetto ai quali l'omessa attivazione del potere potrà dar luogo ad effetti sul piano delle conseguenze civili, ma non penali, per assenza del nesso di causalità¹⁰⁶. Tuttavia, anche quando l'omissione dolosa dell'amministratore o del sindaco intervenga in costanza di un reato *in itinere*, si impone un accertamento del nesso causale non meramente presuntivo, ma sulla base dei principi a cui la Cassazione è faticosamente giunta con la sentenza Franzese¹⁰⁷ che, anche in questo campo, deve costituire un punto di non ritorno. Di certo, non nascondo le difficoltà che comporta l'accertamento della causalità secondo i canoni della certezza logica, considerato che il legame tra condotta doverosa omessa e reato non impedito non è diretto¹⁰⁸, ma è mediato da condotte di altri soggetti (salvo in alcuni casi, come quando è previsto un potere di revoca diretta degli amministratori); ma credo allo stesso tempo che debbano essere evitati pericolosi recuperi di forme di aumento del rischio che forse soddisferanno le esigenze probatorie, ma che rappresenterebbero comunque un arretramento dei principi di garanzia.

In questo settore, invece, è ancora molto alto il rischio che la responsabilità, proprio in quanto derivante da una condotta omissiva, riproponga il modello dell'aumento del rischio, della idoneità *ex ante* della condotta doverosa omessa ad impedire la commissione del reato.

Anche sul terreno dell'*elemento soggettivo* è necessario recuperare un accertamento puntuale della sussistenza del dolo eventuale, a fondare il quale non deve bastare la mera percezione di segnali d'allarme se non si accompagna alla rappresentazione (e non alla semplice rappresentabilità) che quel segnale di allarme è anche indicativo di una fattispecie di rea-

¹⁰⁴ CENTONZE, *La suprema Corte di Cassazione*, cit., 116.

¹⁰⁵ GIUNTA, *Responsabilità penale dei sindaci per i reati degli amministratori*, in *Dir. prat. soc.*, 2007, 6.

¹⁰⁶ ZANNOTTI, *op. cit.*, 40.

¹⁰⁷ Cass., S.U., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, 601.

¹⁰⁸ Su tali difficoltà, v. ZANNOTTI, *op. cit.*, 37.

to. Come ci ha magistralmente indicato Pedrazzi tali segnali «assumono valore indiziante solo in quanto effettivamente e adeguatamente percepiti, e intesi nella loro attitudine evocativa: comode ma fuorvianti, inutile dire, le valorizzazioni *ex post*»¹⁰⁹. Se così non fosse, tanto varrebbe essere espliciti ed accogliere l'autorevole posizione dottrinale che proprio in questo settore si era espressa a favore della equiparazione tra dolo e colpa¹¹⁰. Sul punto va segnalato un forte avvicinamento tra le posizioni della giurisprudenza a quelle della dottrina¹¹¹.

Queste sintetiche indicazioni in ordine ai principi generali che presidono alla responsabilità penale omissiva dovrebbero, di per sé, condurre ad una equilibrata corresponsabilizzazione dei soggetti titolari di funzioni di controllo.

Se invece si ritiene di dover intervenire più a monte nel definire i riflessi delle posizioni di vigilanza degli amministratori e dei sindaci sulla loro responsabilità penale, allora è necessario un intervento del legislatore che chiarisca i limiti di sussistenza della posizione di garanzia, che sinora sono stati lasciati alla determinazione della giurisprudenza. Questa delega in bianco può anche dilatarsi rischiosamente: mi limito ad accennare alla possibilità di coinvolgimento penale, per condotte omissive, dei soggetti che svolgono funzioni di *internal audit* o di coloro che compongono il nuovo organo interno di controllo, al quale l'art. 6 d. lgs. n. 231/2001 attribuisce essenziali compiti di vigilanza sul funzionamento e sull'osservanza dei modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire quei reati che comportano la corresponsabilizzazione «amministrativa» dell'ente. Soprattutto con riferimento a quest'ultimo organo, è alto il rischio coinvolgimento dei suoi componenti anche sul terreno della responsabilità penale, considerata la specifica funzione preventiva svolta, come non ha mancato di rilevare attenta dottrina¹¹².

Credo che, in prospettiva *de iure condendo*, la responsabilità dei soggetti con funzioni di controllo debba essere mantenuta negli stretti limiti della compartecipazione dolosa laddove il reato non impedito sia anch'esso doloso. La proposta, avanzata in dottrina, di prevedere una autonoma fattispecie di agevolazione colposa, con una sanzione autonoma

¹⁰⁹ PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1265, ora in *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 317.

¹¹⁰ CRESPI, *Reato plurisoggettivo e amministrazione pluripersonale delle società per azioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1957, 157 ss.

¹¹¹ Con particolare riferimento alla posizione di Cass., Sez. V, 4 maggio 2007, cit., si vedano le valutazioni positive espresse da CENTONZE, *La suprema Corte di Cassazione*, cit., 122 ss.

¹¹² GARGANI, *Imputazione del reato agli enti collettivi e responsabilità penale dell'intraneo: due piani irrelati?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1061. Sul punto v. LA ROSA, *Teoria e prassi del controllo «interno» ed «esterno» sull'illecito dell'ente collettivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1310.

rapportata al minor disvalore del fatto rispetto al reato agevolato¹¹³, rappresenterebbe, a mio avviso, terreno fertile per una legittimazione dei meccanismi presuntivi di accertamento della responsabilità penale che già oggi connotano la responsabilità dolosa. Sarebbe, infatti, molto difficile per un organo di controllo riuscire a sfuggire ad una fattispecie di agevolazione colposa, sia per la tendenza ad oggettivizzare il giudizio di colpa, sia per le soluzioni meno rigorose, rispetto a quelle del nesso di causalità, che sono proposte dalla dottrina sul piano dell'accertamento del vincolo di agevolazione¹¹⁴.

Oggi la scelta tra il potenziamento della tutela degli interessi della società e dei terzi attraverso l'estensione delle posizioni di garanzia nell'ambito delle imprese, ed il rispetto dei principi sulla responsabilità penale, con una contrazione dei limiti del concorso per omissione, è affidata ad una giurisprudenza ondivaga, più propensa alla prima soluzione rigoristica. Che la situazione attuale venga incontro alle esigenze di punizione dei colletti bianchi, da parte di una collettività esasperata da scandali finanziari e da sostanziali impunità dei loro autori, non c'è dubbio; che tutto ciò, invece, sia sempre rispettoso dei principi che governano (dovrebbero governare) la responsabilità penale è tutta un'altra questione. Ciò non esclude però che, quando i campanelli di allarme per gli organi di controllo si fanno scampanio di campane, allora non è più questione di rischio di tracce di responsabilità di posizione per effetto dell'intervento penale, ma di rischio di mancato intervento del diritto penale.

¹¹³ STELLA-PULITANÒ, *La responsabilità penale*, cit., 573; MARINUCCI-ROMANO, *Tecniche normative della repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1971, 111; CADOPPI, *L'omesso impedimento di reati da parte di amministratori e sindaci delle società: spunti de lege ferenda*, in *Ind. pen.*, 1986, 496, al quale si rinvia per una analisi delle possibili soluzioni *de iure condendo*.

¹¹⁴ Si veda per tutti ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, *passim*.

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI: I SOGGETTI RESPONSABILI ED I MODELLI ORGANIZZATIVI

di *Alessandra Rossi*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La struttura della responsabilità: un doveroso cenno. – 3. I soggetti persone giuridiche responsabili. – 4. Gli enti esclusi e le situazioni controverse. – 5. I soggetti persone fisiche responsabili: apicali e sottoposti. – 6. I modelli di organizzazione, gestione e controllo: progettazione ed analisi dei contenuti. – 7. Il ruolo dei modelli di organizzazione, gestione e controllo: modello e colpevolezza dell'ente. – 8. L'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008 ed il modello di organizzazione, gestione e controllo dell'ente: rapporti e connessioni. – 9. Codice etico ed aziende sanitarie: le scelte della Regione Lombardia.

1. *Premessa*

La risposta dell'ordinamento a specifiche forme di criminalità (soprattutto economica) non può non rivolgersi a soggetti 'diversi' dalle persone fisiche: persone giuridiche, intese come 'organismi a struttura articolata', che esprimono ed esternano un proprio indirizzo strategico. L'opportunità di un intervento sanzionatorio direttamente nei confronti di detti soggetti per fatti di reato realizzati nel loro contesto operativo risulta infatti – ed ormai da tempo – qualificata da positiva valutazione, stante la certezza della 'partecipazione criminosa' agli illeciti di riferimento, non di rado con il sopravanzare dell'illegalità dell'impresa sulle illegalità dei singoli, con contenuti trascendenti gli scopi di questi e pertinenti gli obiettivi criminosi della *societas*, nel quadro delle sue autonome scelte di politica aziendale. Di conseguenza, 'colpire' accanto al reo anche l'ente a vantaggio o nell'interesse del quale egli delinque o delle cui strutture egli si avvale per delinquere è una opzione coerente.

Oltretutto, l'introduzione di una responsabilità diretta della persona giuridica può avviare a forzature nell'individuazione dei soggetti attivi e nella configurazione del concorso di persone nel reato.

E ancora, di riflesso, quale 'utilità' per la persona giuridica, la predisposizione di una autonoma normativa sanzionatoria mirata su di essa può rivelarsi efficace nel salvaguardare quest'ultima da interventi giudiziali

nelle proprie interne scelte organizzativo-decisionali, normativizzandosi appunto il 'rischio-reato' e delimitandosene, così, i confini, in un quadro di preventivo rispetto della libertà operativa dell'ente medesimo.

Nel nostro sistema punitivo il problema è stato attentamente affrontato in dottrina. Con estrema sintesi, esso è stato rapportato in prima istanza alla dimensione ed ai limiti dei canoni di responsabilità soggettiva (con il 'difficile' rispetto del principio di colpevolezza) di cui all'art. 27, 1° e 3° comma Cost., con la verifica, in un quadro oggettivo, delle modalità 'di collegamento' atte a mettere in corrispondenza l'illecito direttamente ascrivibile alla persona giuridica con l'illecito penale realizzato dalla persona fisica di riferimento.

Un ruolo significativo per il superamento degli ostacoli di carattere dogmatico è stato rivestito dalla teoria organicistica della società, che ha opportunamente qualificato gli enti non come *mere* proiezioni delle persone fisiche, ma, all'opposto, come *autonome* realtà, in quanto tali dotate di volontà (collettiva) manifestata per mezzo dei propri organi-persone fisiche, così giungendosi a ricomprendere nel più classico concetto di 'azione' quella posta in essere dall'ente per il tramite di chi abbia agito per suo conto ed a sua utilità, ovvero nel più classico concetto di 'omissione' quella azione doverosa omessa dall'ente per il tramite di chi abbia omesso di agire (sempre per suo conto ed a sua utilità).

In parallelo, le conclusioni raggiunte sul piano della riferibilità oggettiva e riconducibili al paradigma della teoria organicistica hanno consentito di rispondere in modo sufficientemente esauriente alle 'richieste' costituzionali poste dal principio di personalità della responsabilità, sicuramente nella sua versione 'minima', di responsabilità per fatto proprio, ma a parere di chi scrive anche in relazione alla contemporanea operatività del principio *nulla poena sine culpa*, in un contesto di 'volontà sociale colpevole'. Con un momento importante incentrato sull'opzione sanzionatoria.

In questo ambito, il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 ha determinato la previsione normativa espressa della responsabilità 'penale-amministrativa' diretta della persona giuridica.

È doveroso subito porre in evidenza la personale scelta di qualificare «penale-amministrativa» detta responsabilità, ancorché a livello legislativo essa venga indicata 'semplicemente' come *amministrativa*: ciò si segna, ad avviso di chi scrive, negativamente, per più risvolti, non ultimo il rischio – frutto proprio della 'catalogazione' legislativa – di pericolosi equivoci ed errate unificazioni esegetiche con la 'vera' responsabilità amministrativa (di cui alla l. 24 novembre 1981, n. 689), affatto differente, mentre il meccanismo di contestazione dell'illecito, quello di irrogazione delle sanzioni, il sistema di 'memorizzazione' delle condanne come regolati dalla parte processuale del decreto in esame sembrano piuttosto – e più realisticamente – evocare modelli prettamente penalistici. Osservandosi come detta impostazione segua quella analoga di non pochi Autori ed ormai della stessa giurispru-

denza della Suprema Corte. Infatti, la *Corte di Cassazione a Sezioni unite*, nella *sent. 27 marzo 2008, n. 26654*¹ ('dedicata', come noto, alle modalità di configurazione del profitto da reato nel quadro del sequestro preventivo funzionale alla confisca disposto, ai sensi degli artt. 19 e 53 d.lgs. n. 231, nei confronti di un ente) rileva come il decreto n. 231 rappresenti «l'epilogo di un lungo cammino volto a contrastare il fenomeno della criminalità d'impresa, attraverso il superamento del principio [...] *societas delinquere non potest*». Con il risultato di «un'architettura normativa complessa che, per quanto farraginoso e – sotto alcuni aspetti – problematica, evidenzia una fisionomia ben definita, con l'introduzione nel nostro ordinamento di uno specifico ed innovativo sistema punitivo per gli enti collettivi, dotato di apposite regole quanto alla struttura dell'illecito, all'apparato sanzionatorio, alla responsabilità patrimoniale, alle vicende modificative dell'ente, al procedimento di cognizione e a quello di esecuzione, il tutto finalizzato ad integrare un efficace strumento di controllo sociale. Una innovazione legislativa particolarmente importante, dunque, che segna il superamento del principio *societas delinquere et puniri non potest*».

E del pari doveroso rilevare come il d.lgs. n. 231/2001 abbia introdotto nella gestione aziendale, quale elemento di forte innovazione, la previsione dei *rischi di reato* commessi all'interno del perimetro aziendale e dei meccanismi per la loro prevenzione; la quale, analogamente a quella degli 'altri' e più classici rischi, viene a trovare la principale ragion d'essere nel contesto dell'efficienza e dell'eccellenza dell'impresa. Si tratta di un elemento che, per la sua sistematicità, si riflette ed opera su tutti i livelli endoaziendali, compreso quello della *governance*.

Parallelamente, trovano particolare considerazione l'esigenza della *legalità* nella conduzione degli 'affari' e quella della *responsabilità etica*: la prima, che finalmente trova espressione normativa di condizione ineludibile e vincolante; la seconda che, rientrando in una prospettiva evolutiva sempre più segnalata dalla dottrina e dalla *best practice* come basilare condizione competitiva, rappresenta un impegno (integrativo del rispetto della legalità, ma facoltativo) atto ad armonizzare il perseguimento dell'economicità con l'affermazione di un sistema di valori appunto etici, secondo un circuito virtuoso che nel medio-lungo periodo concorrerà al successo e al consenso dell'azienda.

2. La struttura della responsabilità: un doveroso cenno

La fattispecie determinante la responsabilità (penale) amministrativa degli enti di cui al d.lgs. n. 231/01 nasce dalla realizzazione (sia nella forma

¹ La decisione è reperibile in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti on line*, 2009.

consumata, sia, ove previsto, nella forma tentata) di preindividuati reati, ai quali consegue la naturale forma di responsabilità. Non vi è dicotomia di condotta tra il reato e l'illecito (penale) amministrativo: il fatto è sempre il medesimo, unico nella realtà fenomenica, ma duplice nelle 'qualificazioni giuridiche', con il comportamento tenuto che assume e la natura di condotta di reato nei confronti dell'autore-persona fisica e la natura di condotta di illecito (penale) amministrativo per le soggettività collettive, ove l'ulteriore *tranche* di questa seconda complessa modalità si enuclea nella antecedente omessa attuazione del 'piano di prevenzione' dei reati di riferimento, quale 'onere (organizzativo)' dell'ente appunto finalizzato all'impedimento dei reati «della specie di quello verificatosi».

La scelta del legislatore (artt. 5, 6, 7 del d.lgs. n. 231) risulta caratterizzata dalla previsione di due punti fermi: la doverosa presenza nell'autore del reato a monte di una qualifica o di una posizione soggettiva determinata o di fatto (ma in questo caso soltanto per ciò che concerne i soggetti indicati nell'art. 5, alla lett. *a*), e cioè i cosiddetti soggetti 'apicali' ed il particolare collegamento della condotta con l'organizzazione di impresa. Si tratta di una scelta tutto sommato sottoscrivibile, volta ad individuare l'effettivo legame (più stretto con i 'vertici', più sfumato con i 'sottoposti') con un'oggettiva pericolosità 'sociale' dell'organizzazione aziendale; scelta, ancora, che consente di prevenire il fenomeno della irresponsabilità organizzata, da una parte e di evitare preordinati abbattimenti verso i soli sottoposti della responsabilità in parola, dall'altra.

Individuato il reato, attribuita rilevanza al legame fra il soggetto attivo e l'ente, considerata l'interconnessione tra illecito (penale) del primo ed illecito (penale-amministrativo) del secondo, accertata infine l'omissione della predisposizione o valutate negativamente l'effettività della adozione o l'efficacia della attuazione degli appositi modelli organizzativi specificamente calibrati sul rischio-reati, dal legame *de quo* nasce la responsabilità diretta dell'ente, di natura pubblicistica, con un autonomo sistema punitivo a sanzioni pecuniarie (caratterizzate nel *quantum* da una particolare determinazione per quote, di variabile valore previsto *ex lege* nei limiti edittali) ed a sanzioni interdittive, oltre alla confisca ed alla pubblicazione della sentenza di condanna, comminate secondo il rito processualpenalistico.

L'ente sarà responsabile «per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio»; non risponderà qualora i soggetti di riferimento abbiano «agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi» (art. 5, 2° comma d.lgs. n. 231). Per contro, tra i due momenti dovrebbe presentarsi indefettibile soltanto il primo, considerato che determinerà semplicemente una riduzione della risposta sanzionatoria comminabile alla persona giuridica l'eventualità che l'autore del reato abbia commesso «il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne abbia ricavato vantaggio o ne abbia ricavato un vantaggio minimo» (art. 12, comma 1°).

Occorre rilevare che nell'ipotesi di reato-presupposto realizzato da un soggetto 'apicale', sarà l'ente che dovrà provare la propria estraneità al reato in parola, mentre nell'ipotesi di reato-presupposto realizzato da un soggetto 'sottoposto alla direzione o vigilanza' di un 'apicale', l'ente sarà responsabile se la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza. Comunque con esclusione (normativizzata ai sensi dell'art. 7, 2° comma d.lgs. n. 231) dell'inosservanza di detti obblighi allorquando l'ente, «prima della commissione del reato abbia adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi».

Non è questa la sede per una elencazione del novero dei reati-presupposto. Va però evidenziato che tra i reati che dal 2001 ad oggi il legislatore ha individuato quali reati-presupposto appunto, si rinvengono essenzialmente quattro tipologie di illeciti, che si possono enucleare in base al 'rapporto' con l'ente nell'interesse o a vantaggio del quale sono stati realizzati².

In prima istanza, una serie di «reati propri della persona giuridica come tale», che esternano il 'programma criminoso' che connota invasivamente e segna negativamente la politica d'impresa della stessa, rispetto al quale gli autori-persone fisiche rappresentano e si rapportano come 'meri' realizzatori (tra questi, giocano un ruolo primario i reati societari di cui all'art. 25 *ter* del d.lgs. n. 231. Anche i reati di abuso di mercato di cui all'art. 25 *sexies* possono rientrare in detto gruppo).

In secondo luogo, reati soltanto «strumentali alla politica d'impresa della persona giuridica», politica che potrebbe essere attivamente – e, soprattutto, lecitamente – perseguita con altri mezzi: tra questi, innanzitutto i delitti di corruzione, nonché le ipotesi di 'criminalità informatica' (di cui agli artt. 25 e 24 *bis* d.lgs. n. 231).

In terza battuta, «reati connessi alle operatività istituzionali della persona giuridica», anche – e purtroppo – in specifico legame con le attività produttive della stessa, in un quadro di 'quotidiana' *criminalità culturale* nella gestione dei rischi appunto da produzione; con il pensiero che corre ai reati di 'omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute o sicurezza sul lavoro' (art. 25 *septies*).

Infine – ed all'opposto – reati ove l'ente *funge da esclusiva* 'copertura' di apparente attività lecita: ipotesi di 'falso nummario' (art. 25 *bis*), reati di finanziamento al terrorismo (art. 25 *quater*), delitti contro la personalità individuale (art. 25 *quinquies*), o, ancora, ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25 *octies*).

² Cfr. l'accurata analisi di PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA. VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro* – Centro nazionale di Prevenzione e Difesa sociale – Convegni di studio «Enrico De Nicola», Milano, 2009, 277 ss. e specificamente 288-290.

3. I soggetti persone giuridiche responsabili

L'ambito dei possibili soggetti collettivi responsabili è definito dall'art. 1 del d.lgs. n. 231.

A seguito di un'analisi complessiva della 'logica' del decreto, si può affermare innanzitutto che l'ente per risultare non soltanto in astratto destinatario della disciplina *deve essere portatore di un proprio effettivo e concreto 'interesse'*, distinto ed ulteriore rispetto a quello delle persone fisiche che in esso sono 'inserite' e lo compongono e *deve essere dotato, materialmente, di un patrimonio (o di un fondo comune) e di una organizzazione autonomi*, come può cogliersi dalle disposizioni che rispettivamente limitano la responsabilità dell'ente al solo (proprio) patrimonio o fondo comune (art. 27 d.lgs. n. 231) e prevedono l'imputazione del fatto di reato in assenza dell'adozione di efficaci modelli di organizzazione e controllo, si tratti anche di 'enti di piccole dimensioni' (artt. 6 e 7).

A livello generale risultano essere destinatari le persone giuridiche private (enti ed associazioni forniti di personalità giuridica), ivi comprese le fondazioni, le società di capitali e quelle cooperative, gli enti (società di persone ed associazioni) anche sprovvisti di personalità giuridica, gli enti pubblici economici che agiscono *iure privatorum*. Risultano invece espressamente 'immuni' lo Stato, gli enti pubblici territoriali, le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Entrando nello specifico, per ipotizzare un possibile 'elenco', fanno parte del *novero dei destinatari* le società per azioni (non però quelle in formazione), le società in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, anche con un unico socio, le società per azioni con partecipazione dello Stato o di enti pubblici, le società pubbliche, le società estere con sede secondaria nel territorio dello Stato, le società di intermediazione mobiliare, le imprese di investimento di capitale variabile, le società di gestione di fondi comuni di investimento, le società sportive; inoltre, le società cooperative e le mutue assicuratrici; ed ancora le società semplici, le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice.

Il riferimento è anche alle società di fatto e, più in generale, alle società irregolari. L'inserimento trova fondamento sia nella loro equiparazione alle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, operata dagli artt. 2297 e 2317 c.c., sia nella circostanza che si tratta di società che originano da comportamenti concludenti dai quali traspaiono le componenti tipiche della fattispecie societaria, tanto sul piano dei conferimenti, quanto su quello dei requisiti funzionali di cui all'art. 2247 c.c.

Parte della dottrina³ considera, con mia personale piena adesione all'assunto, altresì i consorzi con attività esterna, anche non costituiti in

³ Vedi specificamente CERQUA (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, Matelica, 2006.

forma societaria, nei quali l'autonomia patrimoniale è palese e specificamente regolata dall'art. 2615 c.c.

Soggetti alle norme del d.lgs. n. 231 sono inoltre gli enti pubblici economici, ovverosia quelle persone giuridiche pubbliche create per la gestione di un'impresa industriale o commerciale, le quali operano in regime di diritto privato. Come noto, l'ente pubblico economico ha ad oggetto esclusivo o prevalente l'esercizio di un'attività di produzione e/o scambio di beni e/o servizi gestiti in forma imprenditoriale (cfr. gli artt. 2083, 2195, 2093 e 2221 c.c.). In base ad un orientamento più restrittivo (e forse più risalente nel tempo, ma meritevole di considerazione), elementi essenziali sono il fine di lucro e l'operare in regime di concorrenza; oggi, tuttavia, un divergente e meno rigoroso orientamento nega sostanzialmente l'obbligatorietà di tali elementi, ritenendosi sufficiente – ma comunque necessaria – la sola economicità della gestione, unitamente alla destinazione al mercato dell'attività produttiva o di scambio. È peraltro imprescindibile – stante appunto l'inserimento dell'ente pubblico economico nel mercato – che esso, bandite le tipiche operatività rigide e statiche delle pubbliche amministrazioni, si allontani dai più fissi modelli 'burocratici' propri degli enti pubblici non economici, modellandosi invece in punto operatività, libertà, flessibilità, velocità gestionali ed in punto strategie imprenditoriali sulle corrispondenti imprese private. Di conseguenza, sia la dirigenza, sia il 'personale' degli enti pubblici economici si caratterizzano per attitudini diverse rispetto a quelle dei dirigenti e del 'personale' delle pubbliche amministrazioni, con conseguenti minori controlli e vincoli 'pubblicistici'. Ancora, come accennato gli enti pubblici economici operano *iure privatorum*, così stipulando contratti privatistici ed il rapporto con il 'personale' ha carattere privatistico, mentre gli aspetti pubblicistici sono limitati al cosiddetto 'rapporto politico di direttiva' tra l'ente politico e l'ente pubblico economico medesimo. Essi quindi, anche e proprio alla luce e per gli effetti della responsabilità (penale-amministrativa) dipendente da reato, sono equiparabili agli enti di natura privatistica, di cui condividono il regime giuridico che presiede allo svolgimento dell'attività economica. Per completezza, va tuttavia evidenziato che con la l. 8 agosto 1992, n. 359 si è dato avvio al ben noto processo di 'privatizzazione', caratterizzato da trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni: la categoria degli enti pubblici economici – con il completamento della procedura di dismissione da parte dello Stato – è, dunque, destinata a scomparire.

Ancora, sono da ricomprendere le associazioni non riconosciute, alle quali si rapportano una serie di soggetti privi di personalità giuridica che svolgono un'attività non determinata da fini di profitto.

Secondo l'opinione dominante, del tutto sottoscrivibile, il decreto è applicabile alle fondazioni bancarie. Soluzione, questa, che, tra il resto, appare implicitamente data 'per scontata' da una circolare dell'ACRI. E

così, ancorchè, come noto, le fondazioni bancarie nacquero come 'enti pubblici' e pur dopo essere state formalmente privatizzate con il d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, esse continuarono a risultare riconducibili alla categoria degli 'organismi di diritto pubblico'. Tuttavia, il fermo intento del legislatore del 1999 è stato quello di rimuovere la natura pubblica delle fondazioni bancarie, tanto che la Corte Costituzionale (con la sent. 29 settembre 2003, n. 300) ed il Consiglio di Stato (giusti il parere n. 1354, reso nell'adunanza del 1° luglio 2002 ed il parere n. 2680, reso nell'adunanza del 22 marzo 2004) hanno rispettivamente confermato l'attuale «natura privata» delle fondazioni bancarie e l'appartenenza della materia all'«ordinamento civile». Inoltre, con il d.m. 18 maggio 2004, n. 150 sono stati attenuati i profili di 'dominanza pubblica' sulla composizione degli organi amministrativi e direttivi.

Come espressamente indicato a livello normativo (in virtù del combinato disposto dell'art. 1 e dell'art. 6, 4° comma d.lgs. n. 231) la normazione è diretta anche agli 'enti di piccole dimensioni', quale categoria specifica riconducibile al più generale contesto degli enti collettivi, seppur il sistema sanzionatorio introdotto dal decreto qui allo studio sia improntato su un modello di ente complesso, a cosiddetta 'base manageriale orizzontale', comportante in quanto tale una frammentazione dei poteri amministrativi ed una pluralità di centri decisionali.

In merito alle soglie dimensionali qualificanti appunto l'ente come 'ente di piccole dimensioni' il complesso legislativo nulla afferma. Secondo un primo orientamento, il riferimento al concetto dimensionale potrebbe indurre a ritenere che nella categoria in parola vadano ricondotte quelle realtà caratterizzate da un basso fatturato e da una organizzazione aziendale minimale. Ancora nella ricerca di requisiti obiettivi, una seconda eventualità potrebbe essere quella di ancorare la definizione di 'enti di piccole dimensioni' sia su parametri di fatturato, sia sul numero di dipendenti. Infine – e questa potrebbe forse presentarsi come soluzione più accreditata – l'opzione potrebbe riguardare sia il numero di dipendenti, sia l'organizzazione interna, così connettendo il concetto non già esclusivamente a caratteristiche aziendalistiche e produttive, ma in prima istanza all'aspetto organizzativo, vero 'centro' dell'applicazione del decreto. Infatti, è essenzialmente rispetto ad esigenze di controllo dell'organizzazione (interna) della compagine collettiva che il legislatore del 2001 ha impostato il tessuto normativo. Di tale che la soluzione potrebbe appunto essere quella di qualificare l'ente come 'ente di piccole dimensioni' tutte le volte in cui, anche considerato il numero di dipendenti, comunque in esso non vi sia una organizzazione interna basata su una pluralità di centri decisionali, dotati, per quanto di competenza espressa, di autonomia di gestione nei confronti dell'organo amministrativo, ovvero tale articolazione abbia dimensioni tali da consentire un controllo unitario da parte dell'organo amministrativo. L'ente, cioè, si

dovrà presentare dotato di una struttura organizzativa basata su un assetto verticistico, con una limitata delega di funzioni e con una altrettanto limitata ripartizione di competenze in campo gestorio.

4. *Gli enti esclusi e le situazioni controverse*

Sono espressamente *esclusi dal novero dei soggetti pubblici destinatari del decreto* lo Stato e gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, le singole pubbliche amministrazioni aventi pubblici poteri e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (con riferimento principale ai partiti politici ed ai sindacati)⁴, gli enti a soggettività pubblica non esercitanti pubblici poteri.

Nella fascia degli enti a soggettività pubblica che non esercitano pubblici poteri si annoverano diversificate tipologie di enti. Ad esempio, le Agenzie Pubbliche, i Consorzi, gli svariati enti strumentali delle Regioni e degli enti locali territoriali (quali, a titolo esemplificativo e non esaustivo, gli enti di sviluppo industriale, di sviluppo agricolo, gli enti minerari, gli enti dei trasporti), le Aziende pubbliche per la gestione di servizi pubblici (speciali, di Stato, locali, regionali, provinciali, consorziali, municipalizzate), gli enti pubblici che perseguono fini ed interessi propri dello Stato (quali, di nuovo per annoverarne alcuni, l'Inps, l'Inail, il Cnr, la Cri, le Università statali), gli enti ausiliari (il Coni, l'AcI, le Università libere di diritto pubblico), ovvero gli enti di ambito locale (come gli Ordini ed i Collegi professionali, gli enti lirici, gli enti parco).

Per correttezza espositiva, a questo riguardo, anche considerata l'eterogeneità delle indicate categorie, vanno ricordate le vaste 'zone grigie' proprio occupate da questi enti a soggettività pubblica non definibili economici ma, al contempo, non esercitanti pubblici poteri, i quali oltretutto non rientrano, in base al dato normativo di riferimento, tra quelli espressamente esclusi dall'ambito di applicabilità del d.lgs. n. 231/2001. Tuttavia, sembra con ragionevole certezza potersi assumere che – seppur circa detti enti la Relazione al decreto faccia cenno a 'zone d'ombra' – correttamente la Relazione stessa propende per l'esclusione dai destinatari del provvedimento individuante appunto la responsabilità dipendente da reato, in considerazione, tra il resto, del fatto che l'estensione della responsabilità a questi soggetti collettivi verrebbe a determinare un costo sociale non comprovato da adeguati benefici, valutato altresì che l'effetto delle sanzioni si riverserebbe inevitabilmente sulla collettività, traducendosi in un disservizio per i cittadini. In definitiva, come si af-

⁴ Si tratta infatti di enti privati in quanto gli enti pubblici che svolgano funzioni di tale rilievo sono già inclusi nella locuzione normativa di *enti pubblici non economici*.

ferma nella stessa Relazione, sono da escludere dal novero dei soggetti collettivi responsabili tutti quegli enti pubblici che, seppur sprovvisti di pubblici poteri, perseguono e curano interessi pubblici prescindendo da finalità lucrative. Conclusione, questa, che appare pienamente coerente con l'impianto sistematico della normativa di cui al d.lgs. n. 231/2001 e, pertanto, del tutto logica nel suo percorso operativo.

Tra questi 'particolari' enti si devono altresì richiamare le Aziende sanitarie locali in un con le Aziende sanitarie ospedaliere⁵. La 'ricerca' delle valutazioni probanti l'esclusione delle Asl e delle Aso dai destinatari della responsabilità dipendente da reato merita un momento di riflessione, fondato in prima istanza sulla dimostrazione che le Aziende in parola non possano essere considerate enti pubblici economici, bensì debbano essere qualificate enti pubblici non economici e, di conseguenza, vadano escluse dal novero dei soggetti collettivi destinatari della responsabilità dipendente da reato qui all'esame. La questione è, come noto, complessa e non pacifica, sia per la presenza di dati normativi non del tutto univoci se non addirittura 'dissonanti'⁶, sia per l'esistenza di alcune linee giurisprudenziali – ovviamente, intervenute su problematiche differenti rispetto alla responsabilità di cui al d.lgs. n. 231/2001, ma comunque importanti in un quadro di interpretazione e di valutazioni sistematiche – configgenti e discordanti⁷.

Nelle pagine precedenti si sono enucleate le principali caratteristiche qualificanti un ente come 'pubblico economico'. Tanto indicato e rilevato, personalmente mi permetto valutare giuridicamente scorretto il considerare un'Azienda Sanitaria Locale ovvero un'Azienda Sanitaria Ospedaliera quale ente pubblico economico. Infatti, a prescindere dalla denomina-

⁵ Sull'argomento cfr. DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2003, 720; ID., *Il sistema sanzionatorio di responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 2, 173; ROSSI, *Responsabilità «penale-amministrativa» delle persone giuridiche (profili sostanziali)*, in ROSSI (a cura di), *Reati societari*, Torino, 2005, 520 ss. Va evidenziato che, pur non considerando applicabile il d.lgs. n. 231/2001 – ed il relativo impianto sanzionatorio – alle Aziende sanitarie pubbliche, la Regione Lombardia ha tuttavia ritenuto opportuno – tramite l'introduzione di un codice etico-comportamentale – mutuarne il contenuto per introdurre, in tale contesto, il suddetto regime quale ulteriore garanzia della migliore organizzazione e trasparenza dell'operato delle Aziende, definendone principi etici di comportamento (e vedi al riguardo *amplius* l'ultimo paragrafo di questo scritto).

⁶ Cfr. l'art. 3 del d.lgs. n. 502/92 e l'art. 13 d.lgs. n. 229/99, che sembrano considerare le Asl enti pubblici economici, a fronte di quanto sostenuto nell'art. 1, 2° comma. d.lgs. 165/2001, che ricomprende invece espressamente le Aziende e gli Enti del Servizio Sanitario Nazionale tra le amministrazioni pubbliche, accanto agli enti pubblici non economici.

⁷ Cfr. *TAR Catanzaro, Sez. II*, sent. n. 809 del 5 aprile 2002 e *TAR Toscana, Sez. II*, sent. n. 5101 del 17 settembre 2003 a sostegno della tesi della qualificazione delle Asl e delle Aso quali enti pubblici economici. *Contra*, v. *TAR Lazio, Sez. III – bis* – sent. 27 maggio 2002 e *Trib. Palmi*, ord. 17 maggio 2002.

zione di 'Azienda', irrilevante in un contesto strettamente qualificatorio della natura giuridica, pur essendo vero sostenere, con riferimento alle attuali ASL ed alle attuali Aso, che alcune innovative caratteristiche tipicizzanti *anche* gli enti pubblici economici, quali gli obiettivi di efficienza, di efficacia e di economicità, siano in esse presenti nel generale assetto ordinamentale, come indubbi appaiono (quantomeno in astratto) il vincolo di bilancio e la formazione manageriale della dirigenza, non altrettanto indubbio e corretto appare asserire che le Asl e le Aso agiscano sempre con atti di diritto privato, abbiano un'organizzazione demandata ad un atto di diritto privato, siano inserite nel mercato in regime di concorrenza: abbiano, cioè, nel loro 'essere' quel particolare Dna che deve contraddistinguere e qualificare *soltanto* le varie tipologie di enti pubblici economici. Le Aziende *de quibus* sembrano piuttosto svolgere attività che hanno una parziale rilevanza economica, ma non sembrano svolgere essenzialmente solo una attività economica, posto che non viene perseguito un fine di lucro, *prevalendo* – e ciò appare addirittura ovvio – *il perseguimento della finalità pubblica di tutela della salute pubblica attraverso vari ed ottimizzati livelli di assistenza*. Ciò che qualifica le Aziende qui al vaglio è di *garantire a tutti i cittadini – a prescindere da valutazioni di natura esclusivamente contabile – le massime prestazioni possibili per la migliore tutela del costituzionalizzato diritto alla salute*, con la 'aziendalizzazione' che non può subordinare la compromissione di questo alle 'compatibilità' di bilancio. D'altronde, ormai l'organizzazione di tutte le amministrazioni pubbliche deve riferirsi a criteri ed obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità, a prescindere dalla qualificazione economica dell'ente pubblico, ma nello specifico delle Asl e delle Aso *addirittura lo stesso vincolo di bilancio non pare essere un criterio assoluto, essendo obbligatoria e non rifiutabile la prestazione erogata dalle Aziende*. La sottoposizione alle regole privatistiche, poi, rileva per l'ambito lavorativo, ma *non* si può certo estendere a qualsivoglia attività degli enti qui all'esame: il pensiero corre, assai semplicemente, alla disciplina degli acquisti, vincolata e regolata da procedura ad evidenza pubblica. Con lo stesso *direttore generale che, pur utilizzando strumenti di diritto privato, rimane un amministratore pubblico che deve operare nell'assoluto rispetto dei principi dell'imparzialità e della buona amministrazione*, in un con il doveroso fornire ampie e puntuali giustificazioni del proprio operato. Dal che ne consegue quanto assunto in premessa: appare giuridicamente scorretto considerare le Asl e le Aso enti pubblici economici e così annoverarli tra i soggetti collettivi responsabili ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. E valgano due ultime sostanziali considerazioni: se da una parte sarebbe assurdo sanzionare con pena pecuniaria un ente che, dovendo versare questa somma, si troverebbe decurtato di fondi vincolati nella loro finalizzazione al raggiungimento dei più alti livelli di assistenza, dall'altra appare inimmaginabile, comunque, ipotizzare nelle persone giuridiche qui all'esame la presenza di quei due momenti imprescindibili-

li di connessione con la responsabilità penale dei soggetti attivi dei reati presupposto e cioè l'interesse ed il vantaggio, posto che, come già affermato nelle pagine precedenti, la responsabilità nei confronti dell'ente si perfeziona «per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio», a fronte di una esclusione di responsabilità qualora i soggetti di riferimento abbiano «agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi».

4.1. La dottrina si è chiesta se le società cosiddette miste, il cui capitale è costituito da conferimenti provenienti contestualmente da soggetti pubblici e privati, o le società pubbliche siano sottoponibili alla normativa qui allo studio. Come già asserito in precedenza, chi scrive si pone sulla linea che tende a fornire risposta positiva al quesito.

Per ciò che concerne le società miste⁸, va dato atto che in riferimento alla loro possibile sottoposizione alle regole del d.lgs. n. 231 sono individuabili due differenti impostazioni, una affermativa (fondata su indici derivanti dalla lettera della legge, ed alla quale chi scrive ritiene opportuno aderire) ed una negativa (fondata sulla natura pubblica delle società miste).

In relazione al quesito relativo alla sottoposizione delle società pubbliche alla responsabilità da reato, va innanzitutto ricordato che non vi è una qualificazione univoca di tale categoria. Infatti, una prima impostazione definisce tale una società sottoposta ad una disciplina speciale, diretta a dettare regole particolari derivanti dalle finalità pubbliche attribuite che si affiancano alle norme del codice civile. Altra impostazione definisce invece pubblica una società che, indipendentemente dalla partecipazione azionaria pubblica, sia sottoposta al controllo, alla vigilanza o all'indirizzo di enti pubblici, in base a norme di legge che possono essere integrate da contratti di programma o di servizio. Vi è una terza impostazione, affatto differente, che infine qualifica detta società ente pubblico in forma societaria, con la conseguente applicazione dei principi del diritto amministrativo. Va comunque posto all'attenzione che, fermo il silenzio normativo, alcune di esse hanno comunque optato per l'adozione dei modelli organizzativi, sul presupposto della loro sottoposizione appunto al decreto⁹.

⁸ Per un esempio di società mista cfr. il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ove all'art. 115 vengono dettate le regole per la trasformazione delle aziende speciali di comuni, province e altri enti locali, costituite ai sensi dell'art. 113, lett. c) del decreto stesso, in società per azioni.

⁹ Un esempio interessante è fornito da Enav s.p.a. (Società Nazionale di Assistenza al Volo), la quale, ancorchè sicuramente organismo di diritto pubblico (la Società svolge un servizio pubblico essenziale ed è sottoposta ad influenza pubblica, posto che il Tesoro dello Stato possiede l'intero pacchetto azionario ed il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha sul suo operato per legge compiti di vigilanza e indirizzo) e quindi rapportabile con difficoltà all'astratto schema tipico del decreto n. 231, ha ritenuto l'adozione del modello sia una necessità, sia, giustamente, un'opportunità. Infatti, la Società è

4.2. Tra i *soggetti a qualificazione privatistica esclusi dall'operatività del decreto* vanno annoverate le imprese individuali¹⁰. Questa soluzione negativa – giustamente condivisa dalla giurisprudenza – si ricava agevolmente dalla considerazione che, se logica della punibilità è il tenere sufficientemente distinti i profili soggettivi dell'ente da quelli dell'autore del reato, attraverso un intervento punitivo aggiuntivo appunto rispetto a quello diretto sulla persona fisica, si deve presupporre che l'ente sia dotato di un minimo di organizzazione interna e si caratterizzi in termini di alterità rispetto alla persona fisica che realizza il reato presupposto.

Tenendo conto di quelli che sono i tratti essenziali perché un ente possa considerarsi destinatario del d.lgs. 231, deve altresì escludersi che rientri fra questi l'impresa familiare (art. 230 *bis* c.c.), anche considerato che la stessa viene comunemente ricompresa nella categoria delle imprese individuali.

Per gli stessi motivi, non possono qualificarsi enti quelle 'aggregazioni' di persone in cui non si pervenga alla concreta individuazione di un soggetto giuridico distinto dalle persone fisiche che ne fanno parte: il pensiero corre essenzialmente alle associazioni in partecipazione (art. 2549 c.c.), che appunto non determinano né la formazione di un soggetto nuovo, né la costituzione di un patrimonio autonomo.

Del pari, non può parlarsi di enti collettivi destinatari della disciplina del decreto neppure con riferimento ai consorzi con attività interna, nei quali l'organizzazione in comune ha rilevanza limitata alla regolamentazione (interna) dei rapporti tra i consorziati, essenzialmente in punto assunzione di obblighi.

Non sono inoltre enti collettivi quelle 'forme' giuridiche che, seppur caratterizzate dall'esistenza di un patrimonio separato, non acquistano tuttavia una distinta soggettività giuridica e, soprattutto, quale punto di particolare valore nel contesto della materia qui all'esame, sono privi di una autonoma organizzazione strutturale: così, per fornire qualche esempio, il fondo patrimoniale tra coniugi, il *trust* costituito in Italia, l'eredità giacente.

passibile di un rischio penale, poiché i soggetti in essa inseriti potrebbero in alcune procedure esporre la Società al rischio di commissione, a suo interesse o vantaggio, dei reati di concussione o di corruzione. Ancora, in virtù del ruolo ricoperto da Enav in ambito nazionale ed internazionale, le eventuali sanzioni interdittive alla stessa comminabili paralizzerebbero il sistema del traffico aereo. Infine, non va sottovalutato che i meccanismi previsti dal d. lgs. n. 231 conducono ad una adeguata protezione del *management* dal (preoccupante) ambito della responsabilità erariale e civile, posto che con l'adozione di un efficace e trasparente sistema di controllo interno e con la previsione di un organico sistema di deleghe e di flussi informativi si possono minimizzare le ipotesi di inefficiente organizzazione costituenti il presupposto di detta responsabilità.

¹⁰ Cfr. Cass. pen, sez. VI, 3 marzo 2004, n. 18941, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti on line*, 2009, secondo la quale è da escludersi che «l'ambito soggettivo di applicazione della recente normativa sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica possa essere esteso alle imprese individuali».

Vanno escluse le società apparenti, proprio nuovamente per la mancanza di un'organizzazione 'da rimproverare' e nei cui confronti rivaleersi, nonché le società occulte.

4.3. Appare *dubbia la riconducibilità* tra i destinatari per i condomini o comunque per le forme di comunione previste dal nostro ordinamento. Infatti, pur trattandosi di forme giuridiche dotate sia di un patrimonio differenziato rispetto a quello dei singoli partecipanti, sia di una organizzazione interna, con nomina eventuale o necessaria di amministratori, esse presentano comunque sempre una funzione conservativa o di godimento, funzione che non consente di individuare nelle stesse un interesse distinto ed autonomo rispetto a quello dei singoli 'partecipanti' e così tale da giustificare l'eventuale intervento punitivo di cui al d.lgs. n. 231.

Del pari discussa – ed a mio parere presumibilmente da negarsi – è la possibilità di includere tra i destinatari del decreto i comitati non riconosciuti. Al riguardo, va però messo in evidenza che parte della dottrina¹¹ conclude invece in senso positivo.

Controverse sono le impostazioni in riferimento alle associazioni temporanee di imprese, nelle quali la 'capofila' è mandataria delle altre. Secondo un primo orientamento debbono essere escluse dall'ambito di operatività della normativa qui allo studio, in quanto si tratta di strutture individuali, mentre, all'opposto, altro orientamento non ritiene ipotizzabile una certa ed aprioristica esclusione¹². Va posto in rilievo che, pur senza specifica motivazione sul punto, comunque il *Giudice per le indagini preliminari di Milano*, con l'ord. 27 aprile 2004 (sul noto caso Siemens), ha applicato, quale misura cautelare, a detta società straniera operante in Italia proprio tramite un'associazione temporanea di imprese il divieto di contrarre per un anno con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio¹³.

Alle persone giuridiche straniere, sempre traendo spunto dalla indicata ordinanza, pare applicabile la disciplina di cui al d.lgs. n. 231 quantomeno, come appena evidenziato, nei confronti di società straniera che operi in Italia tramite una associazione temporanea di imprese nazionali¹⁴. La decisione in parola è stata da parte della dottrina

¹¹ PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 71 ss.

¹² BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 109.

¹³ La decisione è reperibile in *la responsabilità amministrativa delle società e degli enti on line*, 2009.

¹⁴ Tale norma, recante la disciplina dei reati commessi all'estero, dispone, al 1° comma, che nei casi e alle condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9 e 10 cod. pen., gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui è stato commesso il fatto.

commentata favorevolmente, evidenziandosi, in particolare, l'obbligatorietà della legge italiana per tutte le condotte e le attività svolte nel nostro Paese, in mancanza di una norma di legge che disponga diversamente; e detto criterio di riferimento, in un contesto di interpretazione sistematica, risulterebbe indirettamente confermato dalla disciplina di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 231. L'ordinanza ha suscitato peraltro alcune critiche – interessanti ancorchè, a mio parere, superabili – essenzialmente incentrate sul rischio di dilatazione della sfera di operatività del decreto, vietata e preclusa sia dal principio di legalità sancito dall'art. 2 del decreto medesimo, sia dal divieto di applicazione delle leggi penali e di quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi oltre i casi e i tempi in esse considerate, posto dalle Disposizioni sulla legge in generale ed operante anche nella materia in parola. Non risulta però evidenziata la ragione per la quale l'ente con sede all'estero non debba rispondere dell'illecito amministrativo dipendente da un reato commesso in Italia, nel suo interesse o a suo vantaggio, da persona che si trovi in posizione apicale, ove l'ente stesso non sia riuscito a fornire la prova contraria prevista dall'art. 6; ovvero da persona sottoposta alla direzione o alla vigilanza dei vertici dell'ente, allorché il pubblico ministero sia riuscito a dimostrare la sua colpa in organizzazione. Se la mancata adozione e la mancata efficace attuazione di modelli di organizzazione e di gestione o la mancata vigilanza sul loro funzionamento o il mancato loro aggiornamento da parte di un idoneo organo di controllo, ovvero se la disorganizzazione dell'ente hanno reso possibile la realizzazione in Italia di un reato che 'secondo le regole' può generare la responsabilità dell'ente stesso, per il cui accertamento è competente il giudice penale, non pare fondata la scissione della fattispecie complessa. Non esistendo, tra il resto, nella sistematica giuridica di riferimento alcuna norma espressamente fondante la contraria opinione.

5. I soggetti persone fisiche responsabili: apicali e sottoposti

La responsabilità dell'ente viene, come già ricordato, connessa alla posizione funzionale dei soggetti attivi dei reati-presupposto: coloro che, in posizione apicale, rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione, di direzione dello stesso o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria o funzionale, ovvero coloro che ne esercitano, anche di fatto, la gestione od il controllo, ovvero, ancora, coloro che sono sottoposti alla direzione o alla vigilanza di chi gestisce o controlla l'ente. Ed è l'art. 5 che 'fissa' i soggetti, che attraverso la commissione dei reati presupposto, possono impegnare l'ente nella responsabilità ai sensi del decreto n. 231.

5.1. I *soggetti in posizione apicale* (art. 5, 1° comma lett. a) sono individuati mediante l'utilizzo di una formula elastica, preferita (correttamente) dal legislatore rispetto ad una elencazione tassativa, che sarebbe apparsa di difficile praticabilità data l'eterogeneità degli enti destinatari della disciplina. Viene così accolto un criterio oggettivo-funzionale, incentrato non sulla qualifica formale, ma sulla funzione in concreto svolta, consentendosi in tal modo – e proprio con l'autorità del dato normativo espresso – di dare rilevanza, nello specifico, ad esempio all'operato dell'amministratore di fatto e, più in generale, all'operato di tutti coloro che, nell'ambito delle proprie mansioni, sono in grado di esercitare un dominio sull'ente o su una sua unità operativa.

Svolgono *funzioni di rappresentanza* i legali rappresentanti della persona giuridica: coloro, cioè, che sono legittimati ad emettere o ricevere dichiarazioni negoziali in nome e nell'interesse della stessa. Ritenendosi però che nell'ambito di detta sottocategoria vi rientri la sola rappresentanza 'organica' e non anche la rappresentanza cosiddetta volontaria, fondata su un atto negoziale di procura. L'obbligo di rendiconto che incombe sul procuratore, infatti, presuppone la 'sottomissione' di questi all'altrui sfera di vigilanza e di controllo, inserendolo, di conseguenza, nel novero dei soggetti 'sottoposti' di cui alla lett. b) dell'art. 5 d.lgs. n. 231¹⁵.

Svolge, invece, *funzioni di amministrazione* colui che esercita concretamente la gestione della società, con il relativo potere (di gestione) che si scompone in potere di iniziativa, esecutivo, gestionale in senso stretto, rappresentativo. Sono tali gli amministratori nel sistema di governo societario 'classico' e monistico ed i consiglieri di gestione nel sistema di governo societario dualistico.

Passando alle singole figure, occorre considerare altresì gli amministratori non delegati, i quali, pur potendosi 'astenersi' da attività di amministrazione attiva, sono comunque titolari di una competenza concorrente e di penetranti poteri di controllo sugli amministratori delegati; ricordandosi, inoltre, l'esistenza normativa di attività non delegabili (così come disposto dall'art. 2381, 4° comma c.c.). Sulla stessa linea esegetica, vanno considerati gli amministratori non esecutivi delle società quotate.

La *funzione di direzione* si riferisce in prima istanza alla figura del direttore generale. Inoltre, per indicazione normativa espressa, sono certamente rapportabili al *genus* soggetti apicali coloro che svolgono funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione non a livello centrale, bensì in una unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale; ed il riferimento è particolarmente importante nel caso del cosiddetto

¹⁵ Cfr. per tutti DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in LATTANZI (a cura di), Milano, 2005, 51.

direttore di stabilimento. Detta previsione consegue a precise esigenze di politica criminale, essendo finalizzata a rispondere al fenomeno del decentramento organizzativo delle società di medio-grandi dimensioni che si caratterizzano, tra il resto, per la creazione di unità periferiche gestite appunto dai direttori di stabilimento. Ovviamente, alcune ipotesi di reato non saranno realizzabili da detti soggetti allorquando (per dato normativo espresso) soltanto i direttori generali risultino ‘autonomi’ destinatari del disposto (cfr. ad esempio l’art. 25 *ter* d.lgs. n. 231). Di tale che soltanto a seguito della commissione di alcuni dei reati presupposto i soggetti in parola potranno determinare la responsabilità da reato della società nella quale sono inseriti.

Va evidenziato che non vi è concordia in dottrina (e con la giurisprudenza che non risulta esaustiva sul punto controverso, trattandone soltanto ‘di riflesso’) circa la rapportabilità alla categoria dei soggetti apicali dei direttori esecutivi/di settore¹⁶.

Come già sottolineato, sono considerati soggetti apicali non solo coloro che formalmente sono investiti delle funzioni avanti indicate, ma altresì chi di fatto eserciti le medesime. Detta asserzione non deriva dalla seconda parte della lett. a) dell’art. 5 (*esercizio anche di fatto della gestione o del controllo dell’ente*), ma direttamente dal riferimento alle funzioni effettuato dalla prima parte della disposizione. E va posto all’attenzione che se anche l’art. 5 non ne fa espressa menzione, pare comunque possibile affermare – in linea con la dottrina uniforme al riguardo – che per il riconoscimento della posizione apicale di fatto sia comunque necessario che le funzioni vengano esercitate continuativamente e significativamente, così ‘mutuandosi’ i termini qualificatori di cui all’art. 2639 c.c.¹⁷, trattandosi di un criterio maggiormente ‘garantistico’ e a connotati limitativi rispetto ad una generalizzata estensione della qualifica di riferimento. Anche parte della giurisprudenza sembra orientata in questo senso allorquando, nel valutare se un soggetto possa qualificarsi come amministratore di fatto dell’ente e così impegnarne la responsabilità ai sensi del d.lgs. n. 231, afferma che è necessario accertare la presenza

¹⁶ Vedi l’ampia trattazione di LOTTINI, *Art. 5 d.lgs. 231/01*, in PALAZZO, PALIERO (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali complementari*, II ed., Milano, 2007, 2302 ss. e specificamente 2304.

¹⁷ Art. 2639 c.c. «Estensione delle qualifiche soggettive. – Per i reati previsti dal presente titolo al soggetto formalmente investito della qualifica o titolare della funzione prevista dalla legge civile è equiparato sia chi è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata, sia chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione. Fuori dai casi di applicazione delle norme riguardanti i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, le disposizioni sanzionatorie relative agli amministratori si applicano anche a coloro che sono legalmente incaricati dall’autorità giudiziaria o dall’autorità pubblica di vigilanza di amministrare la società o i beni dalla stessa posseduti o gestiti per conto terzi».

di elementi che possano far ritenere che il soggetto abbia appunto svolto significativamente e continuativamente le relative funzioni gestorie¹⁸. Va tuttavia segnalata una decisione di segno opposto, che si giova dell'interpretazione sistematica della formula di cui alla seconda parte del disposto (gestione o controllo di fatto), giungendo a sostenere che l'art. 5 richiede «con specificazione non eludibile» che la persona fisica eserciti «la gestione e il controllo dell'ente»; definizione, questa, «ben precisa e che tende a circoscrivere la categoria, poiché comporta il 'dominio' ovvero la 'disponibilità' dell'ente in capo a tale persona, anche se in modo non esclusivo o continuativo, ma sicuramente, al fine di ritenere la responsabilità dell'ente, in occasione della condotta di rilevanza penale»¹⁹.

Sempre in riferimento alla seconda parte della disposizione di cui all'art. 5, 1° comma lett. a), eccezion fatta per la indicata decisione giurisprudenziale, si ritiene uniformemente che la formula *de qua* non aggravi 'molto' rispetto alla formula già esaustiva al riguardo di cui alla prima parte dell'art. 5. La disposizione, invece, può venir utilmente invocata per 'portare' all'interno della categoria degli apicali il socio tiranno, il quale, secondo la più accreditata qualificazione, è colui che, da 'non amministratore', detta però – ed appunto dall'esterno – le linee di politica aziendale e decide circa il compimento di determinate operazioni, oltre a detenere la quasi totalità delle azioni.

L'opinione prevalente nega che il richiamo ivi previsto al 'controllo' comporti che la formula determini il coinvolgimento dei sindaci, correttamente evidenziandosi l'impossibilità di equiparare il 'valore' del concetto di controllo qui assunto con i contenuti del 'controllo' proprio del collegio sindacale e precisandosi che la connessione normativa tra controllo e gestione non può che evocare il più pregnante e differente significato di 'dominio'²⁰. Si è peraltro discusso se possano conside-

¹⁸ Cfr. *Giudice per le indagini preliminari di Milano*, ord. 20 dicembre 2004, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 69.

¹⁹ Così testualmente *Giudice per le indagini preliminari di Torino*, ord. 11 ottobre 2005, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti on line*, 2009,

²⁰ Cfr. tra gli altri DI GIOVINE, *op. cit.*, 149; FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in Palazzo (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, 251. *Contra v.* però MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: il punto di vista del penalista*, in *Cass. pen.*, 2003, 1101 e specificamente 115. V. altresì DE VERO, *I reati societari nella dinamica evolutiva della responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, cit., 723. Va dato atto che il disposto di cui all'art. 25 ter del decreto può confermare la correttezza dell'affermazione relativa alla esclusione dei sindaci, laddove, estendendosi la categoria dei reati presupposto ad alcuni reati societari di cui al Titolo XI del Libro V del codice civile, si fa richiamo, circa i possibili soggetti determinanti, attraverso la realizzazione appunto di queste fattispecie, la responsabilità della società, agli *amministratori, direttori generali o liquidatori o persone sottoposte alla loro vigilanza*. Saranno allora tali soggetti che potranno realizzare quel presupposto indefettibile per la responsabilità dell'ente di riferimento appunto concretizzato nel reato societario,

rarsi soggetti (ovviamente in posizione apicale) richiamati dal disposto in commento i componenti del consiglio di sorveglianza, nel sistema di governo societario dualistico, od i componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, nel monistico. La soluzione al quesito non è univoca, ponendosi in contrapposizione coloro che tendono ad escludere l'eventualità²¹, con coloro che, invece, rapportandosi ai contenuti normativi individuanti gli specifici poteri dei consigli in parola (e, circa il consiglio di sorveglianza, con richiamo alla potenzialità, a seguito di previsione statutaria, di deliberare in ordine ai piani strategici, industriali e finanziari della società predisposti dal consiglio di gestione, nonché alla competenza in punto approvazione del bilancio – cfr. l'art. 2409 *terdecies* c.c.), pervengono ad una soluzione positiva²².

Al riguardo, ferma restando, a parere di chi scrive, la correttezza di entrambe le soluzioni, va comunque posta all'attenzione una disposizione che, seppur in un contesto affatto differente, potrebbe utilizzarsi in un quadro di interpretazione sistematica. Il pensiero è all'art. 223 *septies* delle Disposizioni di attuazione al codice civile, introdotto dall'art. 9 d.lgs. n. 6/2003 (e del pari il d.lgs. n. 37/2004 per le estensioni relative ai soggetti richiamati dal d.lgs. n. 58/1998) il quale al primo comma statuisce che «se non diversamente disposto, le norme del codice civile che fanno riferimento agli amministratori e ai sindaci trovano applicazione, in quanto compatibili, anche ai componenti del consiglio di gestione e del consiglio di sorveglianza, per le società che abbiano adottato il sistema dualistico, ed ai componenti del consiglio di amministrazione ed ai componenti del comitato interno per il controllo sulla gestione, per le società che abbiano adottato il sistema monista» ed al secondo comma statuisce che «ogni riferimento al collegio sindacale o ai sindaci presente nelle leggi speciali è da intendersi effettuato anche al consiglio di sorveglianza e al comitato di controllo sulla gestione o ai loro componenti, ove compatibile con la specificità di tali organi». Ora, se l'intenzione del legislatore è quella di considerare 'unitariamente' i differenti organi di controllo societario, forse potrebbe allora essere 'logica' una globale esclusione di tutti i componenti delle varie tipologie degli organi di controllo societario dal contesto della responsabilità dipendente da reato.

Ciò affermato, nel ribadirsi tuttavia la correttezza di entrambe le posizioni sul problema sostenute in dottrina, si può aggiungere, quale regola

mentre il mancato richiamo nell'art. 25 *ter* ai sindaci determina, nello specifico, l'esclusione dell'iscrizione alla società dei reati propri da questi commessi secondo il paradigma di imputazione dei reati commessi dai vertici e, in generale, avvalorando l'assunto che il decreto non pare aver voluto estendere la propria sfera operativa ai soggetti 'controllori'.

²¹ Così MEREU, *La responsabilità «da reato» degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *Ind. pen.*, 2006, 34.

²² Così DI GIOVINE, *op. cit.*, 56.

di maggiore 'cautela', che allorché si predisponesse un modello 'ex 231' in una società che avesse adottato il sistema dualistico, nel generale, ma concreto quadro di evidenziazione dei soggetti apicali potenzialmente 'a rischio reato' potrebbe essere opportuno l'inserimento anche dei componenti il consiglio di sorveglianza, stanti le caratteristiche 'operative' avanti enucleate che appunto li connotano²³.

Ulteriore quesito è se un amministratore di una *holding* possa considerarsi in una posizione apicale di fatto rispetto ad una società controllata. La risposta positiva determinerebbe l'attribuzione della responsabilità alla società controllata in base allo schema dell'art. 6 del d.lgs. n. 231, imponendosi così a questa l'onere di provare la propria 'estraneità' all'illecito²⁴. Una parte della dottrina si è espressa in senso affermativo, considerando i termini di cui alla seconda parte dell'art. 5, lett. a) 'gestione e controllo' come individuanti i termini (nell'ipotesi qui all'analisi determinanti e centrali) di 'direzione e coordinamento' e attribuendo valore, tra il resto, alla particolare situazione di 'direzione e vigilanza' che eserciterebbe la controllante sulla società 'satellite'. Altra parte della dottrina, preoccupata che la soluzione positiva consenta di far troppo 'allegrement' circolare la responsabilità all'interno del gruppo²⁵, invoca invece soluzioni diverse, negando l'automaticità dell'equazione 'amministratore della *holding*' = titolare di una posizione di gestione e controllo (ovverosia direzione e coordinamento) della società controllata e sottolineandosi la necessità dell'esclusione, trattandosi di responsabilità a connotazione penalistica, di ogni presunzione fondata sulla semplice esistenza di un gruppo, dovendosi invece accertare nell'amministratore della controllante l'effettivo esercizio – continuativo e significativo – dei poteri gestori nella controllata. Ove, tra il resto, l'eterogeneità del fenomeno di 'gruppo di imprese' e la varietà delle modalità del collegamento tra le varie società che ne fanno parte – con collegamenti a catena o con collegamenti a raggiera²⁶ – deve con-

²³ Così operando si potrebbero di riflesso determinare dei problemi con il disposto di cui all'art. 25 *ter*, che non coinvolge nella responsabilità per i reati societari i componenti il consiglio sindacale e conseguentemente non potrebbe essere integrato dall'art. 2639 cod. civ. *in parte qua*, norma che nello specifico si dovrebbe invocare per poter ascrivere alla società che abbia assunto il sistema dualistico la responsabilità da reato societario realizzato appunto dai componenti il consiglio di sorveglianza. A meno di considerare detti soggetti, attraverso un *escamotage* interpretativo, 'gestori di fatto', in base all'art. 5, 1° comma lett. a), che invece potrebbe essere norma determinante la possibile responsabilità dei componenti il consiglio di sorveglianza.

²⁴ Il problema, chiaramente, sorge qualora l'esponente della capogruppo non sia anche amministratore della società controllata.

²⁵ Vedi sul punto SCUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, 10.

²⁶ Si possono infatti distinguere – in linea di massima e ferme le eventuali, ulteriori variabili – i collegamenti a catena, in cui la capogruppo controlla e dirige una società che a sua volta ne controlla e ne dirige un'altra e così via, e collegamenti a raggiera,

durere ad una particolare, attenta concreta valutazione. Sembra non vi sia comunque dubbio circa l'eventualità che la possibilità di 'correttamente' qualificare in termini di amministratore di fatto l'amministratore della *holding* non escluda il ruolo formale che questi ricopre nella capogruppo, con la conseguenza che in questo suo doppio ruolo egli impegni la responsabilità di entrambe le società (sempre che vi siano, ovviamente, gli ulteriori requisiti). In tal senso si è pronunciata la giurisprudenza²⁷, allorché è stata nel caso specifico negata validità agli argomenti difensivi della capogruppo che ritenevano la stessa appunto esente da responsabilità in quanto l'amministratore di diritto della controllante aveva agito come amministratore di fatto della controllata. Si è così riconosciuta, inoltre, la rilevanza dell'interesse di gruppo ai fini dell'imputazione del fatto di reato anche alla *holding*: punto, questo, peraltro, a mio parere controvertibile, stante l'automaticità della determinazione dell'esistenza dell'interesse, posto che, invece, l'interesse di ogni società (controllante o controllata) che si vede coinvolta nella responsabilità da reato dovrebbe essere individuato nel suo esistere quale diretto e concreto.

5.2. La seconda tipologia di soggetti che sono in grado di impegnare la responsabilità dell'ente è rappresentata da *coloro che sono sottoposti alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti posti in posizione apicale* (art. 5, 1° comma lett. b).

Circa l'individuazione di tale categoria di soggetti, è pacifico che vi rientrino innanzitutto i lavoratori subordinati. Infatti, nella dottrina e nella giurisprudenza giuslavoristiche il requisito della 'direzione e vigilanza' corrisponde biunivocamente al carattere della subordinazione, affermandosi uniformemente che il requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, ai fini della sua distinzione da rapporto di lavoro autonomo, è il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative.

Paiono riconducibili alla categoria anche i lavoratori parasubordinati²⁸, nel quadro dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza

dove la capogruppo controlla e dirige contemporaneamente tutte le altre società. Cfr. LOTTINI, *op. cit.*, 2304 s.

²⁷ Vedi *Giudice per le indagini preliminari di Milano*, ord. 20 settembre 2004, in *Corr. merito*, 2005, 86. Vedi altresì *Id.*, 20 dicembre 2004, cit.

²⁸ Così operando, andranno comunque individuate nella parte del modello relativa al sistema sanzionatorio sanzioni 'costruite' su queste figure di lavoratori parasubordinati, non potendo essere assunte per essi come valide e così 'trasferite' direttamente quelle previste per i lavoratori subordinati. Per ipotizzare un sistema sanzionatorio 'graduato', si potrebbe prevedere la sanzione più lieve del richiamo verbale, la sanzione 'intermedia' della comunicazione per iscritto ed infine la sanzione più 'drastica' della risoluzione contrattuale.

vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3 c.pc. In effetti, da una parte, come costantemente evidenziato in giurisprudenza, la coordinazione va intesa come connessione funzionale derivante da un protratto inserimento nell'organizzazione aziendale o, più in generale, nelle finalità perseguite dal committente, e caratterizzata dall'*ingerenza* di quest'ultimo nell'attività del prestatore; d'altra parte, con specifico riguardo al 'lavoro a progetto' di cui Titolo VII del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, l'art. 62, lett. d), precisa che «le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sull'esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa... in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa».

Maggiori problemi concerne l'estensione della portata dell'art. 5, 1° comma, lett. b) – e quindi dell'art. 7, 4° comma, lett. b) d.lgs. n. 231 – anche ai collaboratori esterni, che si trovino in qualche modo a dismettere parte della loro autonomia a favore dell'ente, come agenti, concessionari di vendita, *franchises*, ovvero fornitori o altri soggetti – ad esempio, consulenti esterni – aventi rapporti contrattuali con l'impresa. Va dato atto che l'indirizzo dottrinale maggioritario²⁹ – che comunque riconosce che l'appartenenza formale all'organizzazione dell'ente da parte del sottoposto sia la condizione 'normale' – non esclude altresì la rilevanza di situazioni (come le avanti indicate) in cui un incarico particolare sia affidato a collaboratori esterni, tenuti ad eseguirlo sotto la direzione o il controllo di soggetti apicali dell'ente. In situazioni del genere, che per la dottrina ben potrebbero essere strumento od occasione di illeciti, non vi sarebbe ragione per escludere la responsabilità dell'ente, se il reato sia stato commesso a suo interesse o vantaggio. Da alcuni di coloro che hanno fornito positiva risoluzione al quesito, l'assunto è stato giustificato con la *ratio legis*, che è stata indicata in quella di evitare, attraverso sistemi di deleghe esterne, prassi elusive del sistema di responsabilità dell'ente. La già richiamata pronuncia sul caso Siemens (che sullo specifico punto pare l'unica nota – *Giudice per le indagini preliminari di Milano*, ord. 27 aprile 2004) ha accomunato un consulente ad un direttore esecutivo e ad un direttore commerciale nell'indiscriminata inclusione nella categoria delle persone sottoposte alla direzione alla vigilanza; ma – come correttamente asserito³⁰ – lo ha fatto tanto apoditticamente quanto inutilmente, dato che nella fattispecie il nesso soggettivo per l'imputabilità dell'ente era già assorbentemente integrato dal ruolo dei due direttori. E parte della dottrina, proprio commentando tale pronuncia³¹, ha criticato l'estensio-

²⁹ Cfr. per tutti PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 959.

³⁰ Così ANTONETTO, *Sistemi disciplinari e soggetti sottoposti ex d. lgs. 231/01*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 4, 70 ss.

³¹ PERNAZZA, *Il commento a Trib. Milano 27 aprile 2004*, in *Le Società*, 2004, 1283.

ne della categoria soggettiva di cui all'art. 5, 1° comma, lett. b), ad una congerie di collaboratori esterni sotto un interessante profilo: la natura sanzionatoria della norma ne impone una interpretazione restrittiva, limitata ai soggetti nell'ambito interno, stanti i gravi effetti giuridico-economici che produce l'impostazione estensiva, che può determinare che gli enti possono vedersi chiamati a rispondere della condotta criminosa di persone fisiche ad essi estranee e, conseguentemente, sono di fatto tenuti a configurare i modelli organizzativi di prevenzione in modo tale da poter vigilare anche sull'attività dei collaboratori esterni.

In ogni caso, non sembra potersi affermare che, nello specifico dell'agente, egli è sottoposto alla direzione o vigilanza del preponente, in quanto ha l'obbligo di osservare le istruzioni che questi gli ha impartito *ex art. 1746 c.c.*, dal momento che secondo gli accordi economici collettivi proprio le istruzioni di cui all'art. 1746 c.c. devono tenere conto dell'autonomia operativa dell'agente ed il controllo è quello dell'adempimento, caratteristico di ogni rapporto contrattuale oltretutto, nel caso, tra imprenditori; rilevandosi, poi, che in relazione alla responsabilità di cui al d.lgs. n. 231, non è dato vedere come il preponente potrebbe effettivamente esercitare la vigilanza sugli agenti, solitamente dislocati sul territorio, né, viepiù, come potrebbe creare un modello di organizzazione e controllo efficace al riguardo.

Va posto all'attenzione che il richiamo all'attuazione ed all'effettività del modello può dimostrare come il legislatore del decreto abbia voluto escludere l'operatività della responsabilità degli enti in relazione ai soggetti 'collaboratori esterni'. Come si potrebbero – per usare un termine generale – controllare efficacemente detti soggetti? E quali 'attività' potrebbe esercitare sempre in punto controllo su di essi l'Organismo di vigilanza? I quesiti hanno, non pare difficile sostenerlo, non agevole risposta.

Ciò non significa, tuttavia, che ogniquale volta ci si trovi di fronte ad un contratto formalmente etichettato con uno dei tipi sopra considerati debba perciò solo escludersi in nesso soggettivo di cui all'art. 5, 1° comma, lett. b): in effetti la 'direzione e vigilanza' potrebbero pur accertarsi in concreto, al di là della 'apparente' natura del rapporto, determinandone la riqualificazione in termini di subordinazione (anche soltanto in via incidentale, in sede di imputazione dell'ente). La stessa, costante ed uniforme giurisprudenza giuslavoristica insegna che al fine dell'accertamento della natura autonoma o subordinata di una attività lavorativa, l'assetto negoziale configurato dalle parti non è certo irrilevante, ma su questo prevale la configurazione assunta dal rapporto nel suo concreto svolgimento, alla quale è necessario fare riferimento per accertare eventuali devianze dal modello negoziale della collaborazione autonoma. Di tale che in caso di contrasto tra dati formali e dati fattuali relativi alle modalità e caratteristiche delle prestazioni diviene necessario dare prevalente rilievo ai secondi. In questi casi, tuttavia

non è il tipo contrattuale apparente ad essere di per sé riconducibile alla categoria dei soggetti sottoposti qui al vaglio, ma pur sempre il rapporto di lavoro subordinato frutto della riqualificazione. In questa prospettiva – di prevalenza della sostanza sulla forma – sembra da leggere (come evidenziato in dottrina³² e come pare corretto qui riprendere) l'opinione per cui soggetto «all'altrui direzione può essere chiunque si trovi ad operare nell'ente in una posizione anche non formalmente inquadrabile in un rapporto di lavoro dipendente, purché sottoposto alla direzione o alla vigilanza altrui; opinione comunemente assimilata, invece, a quella dei fautori di un'interpretazione estensiva dell'art. 5, 1° comma, lett. b)». Aggiungendosi, sulla premessa dell'inapplicabilità *ex lege* del modello organizzativo di cui all'art. 7, 2° comma, ai collaboratori esterni, che questi ultimi potrebbero essere comunque 'convenzionalmente' assoggettati ad un apposito sistema di regole prevenzionistiche – tipicamente recate da un 'codice etico', in quanto tale non prescritto dal d.lgs. 231, con clausole penali *ex art.* 1382 c.c. e/o clausole risolutive espresse *ex art.* 1456 c.c., proporzionalmente riferite a specifiche ipotesi di violazione di regole 'etiche'. In questo modo il risultato prevenzionistico sostanziale, che costituisce la *ratio* del d.lgs. n. 231/2001, potrebbe altrettanto essere perseguito e, soprattutto, utilmente raggiunto, senza interpretazioni, mi sia permessa l'espressione, non 'tecniche' o, addirittura, deregolate forzature del disposto di cui all'art. 5, 1° comma lett. b).

6. I modelli di organizzazione, gestione e controllo: progettazione ed analisi dei contenuti

Come accennato, il secondo nucleo della complessa condotta costituente la fattispecie sulla quale si fonda la responsabilità dell'ente si collega ai modelli di organizzazione, gestione e controllo «*idonei a prevenire i reati della specie di quello verificatosi*», così – pare non superfluo ribadirlo – coinvolgendosi l'impresa nella prevenzione dell'illecito.

Va subito evidenziato come i modelli organizzativi *non* vengono però considerati dalla legge *obbligatori* (argomento, questo, sul quale si ritornerà successivamente, con riferimento all'art. 30 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 *in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*): la loro predisposizione viene fortemente incentivata dallo stesso legislatore fino a 'promettere' l'esclusione della responsabilità dell'ente allorquando creati ed adottati nel rispetto dei requisiti normativi degli stessi. Si tratta, cioè, specificandosi quanto avanti indicato, di un 'onere (organizzativo)'

³² Vedi con la bibliografia *ivi* indicata per tutti ANTONETTO, *op. cit.*, 71-72.

facente capo al soggetto persona giuridica, la quale, per ottenere possibili 'effetti favorevoli', dovrà conformare la propria condotta prima a regole normative, appunto enucleabili nel 'contenuto' generale del modello e successivamente a regole operative, incentrate sul rispetto concreto del 'contenuto' generale del modello.

A livello astratto e preliminare, in un quadro di progettazione del modello organizzativo, vanno considerati i seguenti principi, così individuabili:

- *adeguatezza*, quale condizione di coerenza degli strumenti (preventivi) da adottarsi alle effettive dimensioni e alle caratteristiche di complessità operativa dell'ente e come rispondenza reale alla natura delle problematiche e del perimetro dei rischi che contraddistinguono la specifica azienda. Si tratta del principio più articolato, sul quale si regge l'intero impianto del modello, e che ne implica la validità e l'effettiva utilità strumentale;
- *predittività*, quale principio fondamentale della finalità preventiva del modello, che si concretizza nella predisposizione di meccanismi anticipatori basati su modalità di segnalazione precoce e potenziale dei fenomeni, nonché su simulazioni e su valutazioni ipotetiche, in grado di fornire al *management* elementi di controllo *ex ante*;
- *efficacia*, intesa come rispondenza del modello alla soluzione delle problematiche di rischio di reati nelle condizioni di specificità dell'impresa;
- *articolazione*, che si estrinseca nella scomposizione analitica dei processi e delle aree di responsabilità aziendali, con un livello di dettaglio consono alle caratteristiche dell'ente, al fine di localizzare e moltiplicare le informazioni, i presidi e gli attori dei controlli;
- *rilevanza*, quale pregio dei flussi informativi che interessano l'azienda nel suo complesso, ma soprattutto lo specifico segmento aziendale di riferimento: il processo, l'area di responsabilità, la funzione, variamente individuati nella progettazione dell'*articolazione* del modello stesso;
- *responsabilizzazione formale*, come necessario presupposto per un effettivo impegno organizzativo da parte del *management*, attraverso la formale attribuzione di responsabilità e di poteri di controllo sui rischi di reato, con un chiaro, esplicito e codificato riferimento a soggetti *individualmente* identificati;
- *relatività*, considerata in funzione della diversa idoneità del modello alle *finalità conoscitive*, in generale previste dal legislatore, ma con la precisazione dei contenuti in ordine al perseguimento degli obiettivi di prevenzione dei reati oggetto della mappatura del rischio;
- *dinamicità*, atta ad una verifica periodica della validità del modello, in rispondenza all'evoluzione normativa e a quella strategica ed organizzativa dell'azienda. Questo principio si concretizza di fatto in una doverosa *riprogettazione* del modello.

A livello normativo, sembra evidenziabile *a priori* un contenuto minimo obbligatorio e non derogabile dei modelli, considerato che eventuali lacune, incompletezze, irregolarità, vizi dell'*iter* formativo e vizi di sostanza possono inficiarne la validità e trasformarsi in pericolose inidoneità, se non addirittura in nullità degli stessi.

Circa detto contenuto minimo (art. 6, 2° comma d.lgs. n. 231), essi devono rispondere alle seguenti esigenze: «individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi i reati; prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione di reati; prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

Così, nell'ottica di *individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati*, potranno essere determinanti monitoraggi della struttura territoriale dell'ente, con ulteriore considerazione delle singole unità organizzative dotate di autonomia finanziaria e funzionale, con verifiche dell'organigramma e del funzionigramma, del sistema 'esterno' ed 'interno' delle deleghe, della rappresentanza, delle procure (cioè degli atti di 'trasferimento' di poteri in generale).

Per ciò che concerne la concretizzazione di quegli «specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire», con cura altresì della predisposizione di sistemi atti a scoprire ed eliminare situazioni di rischio al riguardo, 'grande' aiuto può derivare dalle 'linee guida' elaborate dagli organismi rappresentativi del mondo imprenditoriale.

I singoli modelli, tuttavia, nei protocolli programmatici/operativi dovranno essere *specifici* e, in quanto diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni della persona giuridica, dovrebbero regolamentare ogni 'passaggio' dell'atto negoziale a seconda delle differenti tipologie contrattuali assunte ad oggetto, così come dovrebbero monitorare l'*iter* formativo ed assuntivo di quegli atti 'societari' possibili 'contenitori' di fatti penalmente rilevanti.

Circa i protocolli connessi e prodromici a procedure produttive, essi dovranno prevedere il rispetto di regole 'tecniche', in connessione con quanto il legislatore – come *infra* meglio si evidenzierà – ha ad oggi indicato al riguardo.

In riferimento alla regolamentazione della «*gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati*», il legislatore sembra aver stabilito una connessione funzionale tra gestione in senso qualitativo e quantitativo di risorse (ovviamente, lecitamente acquisite) e, appunto, prevenzione dei reati: anche per detta 'sezione' dei modelli, quindi, sa-

ranno imprescindibili diversificazioni concrete fondate sulle specificità operative/strutturali della specifica persona giuridica, con un articolato sistema di controlli dei flussi finanziari e dell'impiego degli stessi, individuandosi ad esempio i momenti gestionali-terreni fertili 'più consoni' al risultato criminale-patologico ed intervenendo preventivamente su questi, nel quadro di una enucleazione e di un conseguenziale annullamento aprioristico delle ipotesi appunto favorevoli alla realizzazione dei reati di cui alla mappatura.

Sull'*organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli*, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, il testo normativo poco soccorre, nel senso che ancora oggi ci si interroga su chi debba nominare detto organo, da chi esso debba essere composto, quali siano i limiti, da una parte, e le estensioni, dall'altra, dei 'poteri di iniziativa', a chi esso risponda. Né soccorre la Relazione governativa, che sul punto 'fornisce' scarse indicazioni, pressoché limitandosi a riferimenti generici a 'strutture costituite all'interno della società'. Ciò è preoccupante, essendo molte le possibili risposte ai quesiti, a scapito di doverose 'sicurezze' sull'argomento³³. In ogni caso, vengono comunque previsti «obblighi di informazione» nei confronti dell'organismo in parola, per

³³ *L'ord. del Giudice per le indagini preliminari di Napoli* del 26 giugno 2007 (in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, on line, 2009) elenca altresì criteri utili per una definizione delle funzioni dell'organismo di vigilanza. In particolare, si osserva che, perché questo organo possa adeguatamente ed efficacemente adempiere ai propri compiti, è necessario che ne sia garantita l'autonomia, l'indipendenza e la professionalità. *L'autonomia* va intesa in senso non meramente formale, ma concreto e sostanziale e comporta che l'organismo sia dotato di effettivi poteri di ispezione e controllo, che abbia possibilità di accesso alle informazioni aziendali rilevanti, che sia dotato di risorse adeguate e possa avvalersi di strumentazioni, supporti ed esperti nell'attività di *internal auditing*. *L'indipendenza* attiene alla posizione dei componenti l'organismo in questione: deve trattarsi di persone che non si trovano in condizioni di conflitto di interessi con l'azienda, che sono in una posizione organizzativa adeguatamente elevata e comunque non tale da configurarsi come dipendente da organi esecutivi. La *professionalità* rappresenta un requisito di natura soggettiva, che qualifica i soggetti: deve trattarsi di esperti di metodologie e di attività di controllo, con capacità di valutazione e gestione dei rischi, nonché specifica preparazione nelle materie di organizzazione aziendale, finanza, revisione e gestione, pratica professionale e legale. Sotto questi aspetti i Modelli esaminati dal G.I.P. sono stati ritenuti alquanto lacunosi. Circa la composizione dell'OdV e le caratteristiche dei suoi componenti va richiamata anche *l'ord. del Giudice per le indagini preliminari di Roma* del 4 aprile 2003 (in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* on line, 2009) la quale rimarca l'importanza del requisito dell'indipendenza e autonomia dell'organo, affermando che: «Con riferimento all'organismo di controllo, previsto nella più volte menzionata delibera del cda, [...] per essere funzionale alle aspettative, deve necessariamente essere dotato di indispensabili poteri di iniziativa, autonomia e controllo. È evidente, infatti, che al fine di garantire efficienza e funzionalità, l'organismo di controllo non dovrà avere compiti operativi che, facendolo partecipe di decisioni dell'attività dell'ente, potrebbe pregiudicare la serenità di giudizio al momento delle verifiche». Circa la tipologia della forma, si aggiunge che: «Per enti di dimensione medio-grande la forma collegiale si impone».

cui un 'capitolo' dei modelli stessi dovrà essere adeguatamente dedicato a regolare i flussi informativi, con definizione dell'ampiezza degli stessi, della 'quantità', della 'qualità', della 'periodicità', dei soggetti demandati ad 'informare'; con connotazioni obbligatoriamente diversificate sulla differente tipologia della persona giuridica³⁴.

Va posta in evidenza la doverosa elaborazione del «*sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello*»: ancora una volta, trattandosi di una parte del 'contenuto minimo', il legislatore non attribuisce al riguardo 'facoltà' alla persona giuridica interessata, ma demanda imprescindibili 'obblighi' appunto di 'contenuto' del modello. Sembra potersi sostenere allo stato degli atti come il sistema *de quo* debba prevedere e ricomprendere le sanzioni, appunto relative alla mancata ottemperanza ai contenuti dei modelli di organizzazione e di gestione concretamente adottati dall'ente, corrispondenti alle 'infrazioni' realiz-

³⁴ Merita osservare che, pur nella variegata morfologia dei *compliance offices*, tuttavia pare corretto escludersi che in capo all'organismo di vigilanza possa configurarsi un obbligo di impedire l'evento-reato, con l'insorgenza della conseguente responsabilità dei componenti dello stesso qualora un soggetto qualificato compia uno dei reati-presupposto nell'interesse o a vantaggio dell'ente. Infatti, l'obbligo gravante sull'organismo di vigilanza è un obbligo di sorveglianza sulla funzionalità, sulla potenzialità preventiva e sulla 'tenuta' del modello 231 che non comporta, ai sensi dell'art. 40 cpv. cod. pen., alcun obbligo di impedire la commissione di reati, non competendo ai *compliance officers* funzioni operative effettive alle quali possano ricollegarsi poteri di intervento tali da fondare una posizione di garanzia e da consentire ai componenti del medesimo di disporre di un reale potere di ingerenza-interferenza nella condotta criminosa altrui. L'omessa o la carente vigilanza sul modello da parte dell'organismo di vigilanza, pertanto, se determinerà l'impossibilità per l'ente di beneficiare dell'esonero da responsabilità alla stregua del diritto punitivo degli enti, non renderà comunque punibili i suoi componenti a titolo di concorso omissivo nel delitto presupposto. È a parere di chi scrive non può mutare tale assetto neppure la disciplina delineata dal d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio. Infatti, se anche l'art. 52, 1° comma di detto testo normativo investe l'organismo di vigilanza degli enti rientranti nell'applicabilità del decreto operativo dell'obbligo di vigilare sull'osservanza delle disposizioni nello stesso contenute, ciò non sembra comportare la creazione di una posizione di garanzia (del tipo 'di controllo') dell'impedimento dell'altrui attività criminosa in riferimento alle ipotesi previste dal decreto 'antiriciclaggio', poiché detto obbligo andrà sempre considerato e valutato nel contesto generale (di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/01) dei poteri/doveri che connotano la figura operativa dell'organismo di vigilanza, nel quadro del rapporto 'modello-controllo del rispetto delle regole dello stesso' appunto ascrivibile all'organismo di cui è causa. Ferma restando l'ipotesi omissiva propria penalmente rilevante che è ascrivibile all'organismo di vigilanza (comunque sempre e soltanto degli enti rientranti nell'applicabilità del decreto medesimo) a seguito del combinato disposto degli artt. 52, 2° comma e 55, 5° comma d.lgs. n. 231/07, posto che il testo unico antiriciclaggio elenca una (nutrita) serie di specifici adempimenti in punto 'comunicazioni', l'inottemperanza ai quali costituisce appunto ipotesi omissiva propria. Cfr. sull'argomento, con una impostazione parzialmente differente da quella qui sostenuta, D'ARCANGELO, *Il ruolo e la responsabilità dell'organismo di vigilanza nella disciplina antiriciclaggio*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, 1, 65 ss.

zabili dai soggetti di riferimento, con la necessità di specificazione delle modalità di ‘comminatoria’, di ‘difesa’, di ‘deduzioni’ e ‘controdeduzioni’, di ‘momenti probatori’ ed oneri al riguardo, di ‘connessioni’ ed ‘innesti’ congiuntamente od alternativamente ad esempio rispetto al contratto nazionale collettivo di lavoro in essere, al contratto aziendale di lavoro in essere, ai codici disciplinari eventualmente in vigore a livello di singolo ente o di associazioni rappresentative di categoria.

È opportuno ancora aggiungere come il d.lgs. n. 231, all’art. 7 ‘dedichi’ attenzione alla ‘sezione’ del modello direttamente connessa al rischio-reato, allorquando i soggetti attivi dell’illecito penale siano i «sottoposti all’altrui direzione». In detta ipotesi, andranno previste, «in relazione alla natura ed alle dimensioni dell’organizzazione nonché al tipo di attività svolta, misure idonee a garantire lo svolgimento dell’attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio».

Il legislatore ha – come avanti accennato – comunque indicato espressamente la possibilità che i modelli organizzativi e gestionali vengano adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti (quali la Confindustria, l’Abi, la Confcommercio, per citarne alcuni) e comunicati al Ministero della giustizia, il quale, di concerto coi dicasteri competenti, potrà formulare, nel termine di trenta giorni, osservazioni in merito all’idoneità degli stessi a prevenire i reati (art. 6, 3° comma). Si tratta di ‘protocolli organizzativi di categoria’ che ‘codificano’ regole cautelari.

Pare corretto ipotizzare che il modello si debba distinguere dal cosiddetto ‘codice etico’, che, non ‘coperto’ dalle regole del d.lgs. n. 231, ha la diversa funzione di recare la ‘carta dei valori’ dei quali il singolo ente si fregia, compendiando i canoni di comportamento strumentali alla sua attuazione. Codice etico che avrà come destinatari pur sempre i medesimi soggetti (apicali e sottoposti) destinatari del modello, ma altresì, in ragione proprio della diversa funzione, i *partners* contrattuali (mandatari/procuratori, agenti, clienti, fornitori, consulenti), dai quali l’ente si attende che i relativi canoni di comportamento siano condivisi come uno standard di *best practice* nella gestione degli affari³⁵.

6.1. A livello operativo, il percorso ‘guidato’ per la concreta realizzazione del sistema di gestione del rischio passerà attraverso le seguenti tappe:

³⁵ Cfr. sui rapporti tra modello e codice etico v. SALVATORE, *Il “Codice Etico”: rapporti con il Modello Organizzativo nell’ottica con la responsabilità sociale dell’impresa*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 4, 67 e segg. Sull’argomento relativo ai soggetti destinatari delle prescrizioni di cui al modello 231 e delle indicazioni operative di cui al codice etico ci si permette rinviare a ROSSI, *La responsabilità degli enti (d.lgs. 231/01): i soggetti responsabili*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, n. 2, 179 ss.

preventiva identificazione dei 'processi a rischio', con connessa periodica revisione della realtà aziendale, al fine di individuare le aree 'a rischio commissione reati'; individuazione dei 'rischi potenziali' per processo; valutazione, costruzione ed adeguamento del sistema di controllo preventivo esistente, al fine altresì di qualificarsi precisamente il concetto nodale di 'rischio accettabile', posto che la soglia appare rappresentata proprio da un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non intenzionalmente. Il 'tutto' con particolare attenzione alle differenze tra reati presupposto dolosi e reati presupposto colposi.

Per fornire una *indicazione 'pratica'*, il modello quindi dovrà, a parere di chi scrive, concretizzarsi nel seguente modo:

- rapportarsi al 'Dna' dell'ente per il quale è elaborato, indicando l'oggetto sociale (se previsto), la connotazione, la qualificazione giuridica;
- individuare le caratteristiche e la struttura dell'illecito dell'ente ed elencare i reati presupposto e le relative sanzioni;
- prospettare le modalità seguite per la sua redazione e per la sua adozione e presentare i rapporti con l'eventuale connesso codice etico;
- elencare specificamente, circa la sua diffusione, i suoi destinatari (apicali e sottoposti dipendenti, lavoratori parasubordinati) ed elencare i possibili, diversi destinatari dell'eventuale codice etico (collaboratori e controparti contrattuali non dipendenti);
- prevedere un costante proprio aggiornamento;
- specificare il sistema disciplinare interno, con individuazione delle infrazioni e con la previsione di differenti sanzioni/misure disciplinari nei confronti dei dipendenti (non dirigenti), nei confronti dei dirigenti (ivi inclusi quelli posti in posizione apicale), nei confronti degli amministratori componenti del Consiglio di Amministrazione e specificare i provvedimenti nei confronti di controparti contrattuali diverse dai dipendenti (quali, ad esempio, lavoratori autonomi, agenti, distributori, fornitori e clienti);
- strutturare l'organismo di vigilanza circa la composizione, i poteri, i doveri ed il funzionamento e regolarne i flussi informativi.

Quanto all'efficace attuazione dei modelli, essa richiede in prima istanza una verifica periodica e l'eventuale modifica di essi qualora vengano alla luce significative violazioni delle prescrizioni ovvero intervengano mutamenti nell'organizzazione o nell'attività.

È chiaro che il modello non potrà essere cristallizzato una volta per tutte, ma dovrà evolversi di pari passo alle modifiche organizzative o a quelle riguardanti la sfera di attività della persona giuridica. Così come dovrà implementarsi allorquando intervengano novità normative, quali, ad esempio, ulteriori reati presupposto.

Non sarà facile per l'organo giudicante (penale) esprimere un giudizio – vero punto nodale ai fini dell'esclusione della responsabilità dell'ente – di validità/congruità del modello adottato, così come sarà annoso 'intervenire' con cognizione di causa sulla efficace attuazione con riferimento alle singole fattispecie di reato che di volta in volta si presenteranno al vaglio. Tenuto conto della tipologia dell'ente, della sua 'dimensione', della potenzialità economico-patrimoniale, delle risorse impiegate, si tratterà di esprimere un giudizio di relatività³⁶.

6.2. Nel quadro del più costruttivo dialogo con la giurisprudenza, appare particolarmente interessante riportare alcuni passi – esaustivi e meritevoli di attenta considerazione e di accurata valutazione, stante la loro portata operativa ed indicativa delle qualificazioni concrete alle quali ogni modello 'efficace' dovrebbe aspirare – dell'*ord. del Giudice per le indagini preliminari di Napoli* del 26 giugno del 2007 (cit.), ove si afferma che «i modelli, in quanto strumenti organizzativi della vita dell'ente, devono qualificarsi per la loro concreta e specifica efficacia e per la loro dinamicità: essi devono scaturire da una visione realistica ed economica dei fenomeni aziendali e non esclusivamente giuridico-formale».

«Sotto l'aspetto strutturale e contenutistico, il modello deve rappresentare l'esito di una corretta analisi del rischio e, pertanto, l'esito della corretta individuazione delle vulnerabilità oggettive dell'ente in rapporto alla sua organizzazione e alle sue attività.

Una volta effettuata la cosiddetta mappatura del rischio, individuate cioè tutte le aree sensibili, deve stabilire per ognuna di esse degli specifici protocolli di prevenzione che regolamentino nel modo più stringente ed efficace possibile le attività pericolose, sottoponendo le regole ad un'efficace e costante azione di controllo e presidianole con altrettante e adeguate specifiche sanzioni per perseguirne le violazioni e per garantire un'effettiva attuazione dell'intero sistema organizzativo così approntato, per rendere cioè il modello non un mero strumento di facciata, dotato di una valenza solo formale, ma uno strumento concreto e soprattutto dinamico, idoneo a conformarsi costantemente con il mutamento della realtà operativa ed organizzativa della persona giuridica.

Benchè il modello di organizzazione sia unico, le sue previsioni devono diversificarsi in relazione allo specifico rischio-reato da prevenire e considerata la pluralità degli agenti del rischio devono essere modulate sia sul momento della formazione e dell'attuazione della volontà dell'ente che sul successivo momento meramente esecutivo.

³⁶ Cfr. sul punto l'interessante costruzione di VIGNOLI, *Il giudizio di idoneità del modello organizzativo ex d.lgs. 231: criteri di accertamento e garanzie*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, n. 1, 7 ss.

Inoltre, quando già determinati reati si sono verificati ovvero è altamente probabile che si siano verificati, il contenuto programmatico del modello, in relazione all'area in cui gli indicatori di rischio sono più evidenti, dovrà necessariamente essere calibrato e mirato all'adozione di più stringenti misure idonee a prevenire o a scongiurare il pericolo di reiterazione dello specifico illecito già verificatosi.

Generalmente, e massimamente quando appare altamente probabile l'avvenuta perpetrazione di reati da parte dei soggetti preposti ai vertici della persona giuridica, dovranno essere esattamente determinate le procedure relative alla formazione e all'attuazione delle decisioni che riguardano le attività ritenute pericolose: l'adozione di un protocollo con regole chiare da applicare e che preveda la sequenza, il più possibile precisa e stringente, in cui tali regole vadano applicate per il conseguimento del risultato divisato. Ciò comporta un'esatta individuazione dei soggetti cui è rimessa l'adozione delle decisioni, l'individuazione dei parametri cui attenersi nelle scelte da effettuare, le regole precise da applicare per la documentazione dei contatti, delle proposte, di ogni singola fase del momento deliberativo e attuativo della decisione.

Quanto più dettagliata e specifica è la regolamentazione dell'*iter* di ogni processo, tanto più si riduce il rischio che la singola attività sia occasione di commissione di illeciti.

La dettagliata definizione contenutistica delle tipologie comportamentali deve essere affiancata dalla previsione e dall'adozione di un correlato sistema sanzionatorio, specifico sia nel precetto che nella sanzione».

Deve altresì richiamarsi un altro significativo provvedimento giurisprudenziale che si caratterizza per esaminare nei dettagli l'idoneità dei modelli a prevenire i reati-presupposto: la già ricordata *ordinanza del Giudice per le indagini preliminari Milano* del 27 settembre 2004. Da tale ordinanza – nota per aver dettato il cosiddetto *decalogo 231* – può essere estratto un elenco di criteri in base ai quali un modello organizzativo può dirsi idoneo. Il Giudice per le indagini preliminari di Milano mette in evidenza, innanzitutto, che il modello dev'essere concreto, efficace e dinamico, cioè tale da seguire i cambiamenti dell'ente cui si riferisce. Pertanto dev'essere il risultato di un'analisi approfondita della realtà aziendale – cioè delle sue vicende, anche giudiziarie, passate – e non meramente descrittiva o ripetitiva del dettato normativo. Aggiungendosi – e ciò appare del tutto innovativo – come un elemento centrale per la prevenzione delle condotte delittuose di apicali e dei sottoposti debbe essere rinvenuto nell'organismo di vigilanza, i cui componenti devono possedere capacità specifiche in relazione all'attività ispettiva e consulenziale ed osservandosi come, perché quest'organo possa adeguatamente ed efficacemente adempiere ai propri compiti, sia necessario che ne sia garantita l'autonomia, l'indipendenza e la professionalità.

6.3. Come più volte asserito, l'adozione del modello dovrebbe rispondere allo scopo primario di prevenire il compimento dei reati-presupposto, oltre, ovviamente, a quello di ottenere l'esonero da responsabilità, nel caso in cui fossero stati commessi reati-presupposto.

In forza del concreto perseguimento del primo scopo, quindi, il modello deve risultare la manifestazione e costituire la prova della volontà della persona giuridica di compiere quanto possibile affinché il sistema organizzativo interno sia strutturato in modo idoneo da annullare il rischio di reati.

Circa il secondo scopo, va ricordato che, proprio in base all'orientamento giurisprudenziale prevalente, il modello non costituisce una causa di esonero da responsabilità generica e indifferenziata, ma al contrario essa è suscettibile di espressa valutazione da parte del giudice 'caso per caso', in base al ruolo della persona fisica che ha commesso il reato (posizione apicale o subordinata), alla specifica realtà organizzativa, al contenuto del modello adottato, all'effettività dello stesso.

Va messo in evidenza come, dall'esame della giurisprudenza maturata in questi anni di applicazione del decreto n. 231, non sembra che i modelli organizzativi 'valutati' giudizialmente abbiano dimostrato di avere particolare efficacia nello svolgere le funzioni attribuite dal decreto 231.

Diverse potrebbero, a livello astratto, essere le motivazioni al riguardo: *errori giudiziari*; un preciso *orientamento giurisprudenziale contrario* all'esimente da responsabilità prevista dalla normativa; le persone giuridiche sottoposte a procedimenti giudiziari avevano dei *modelli con gravi carenze di fondo*, tali da renderli del tutto inadeguati a rispondere alle richieste della normativa; i modelli adottati erano teoricamente idonei, quindi erano esatti dal punto di vista formale, ma la loro applicazione si caratterizzava per *mancato rispetto*, da parte dei destinatari, di alcune regole o per *difficoltà intrinseche* sul punto.

Escluse in assoluto le prime due ipotesi prospettate, i punti di criticità concretamente rilevati dalla giurisprudenza appaiono soprattutto incentrarsi sulla difficoltà di corretta 'traduzione' dei principi normativi e delle linee-guida generali in specifiche regole e in precisi strumenti procedurali-organizzativi endoaziendali.

Le 'inadeguatezze' possono essere ricondotte pertanto alle seguenti casistiche, che caratterizzano quali *filis rouges* la maggior parte delle decisioni:

- elaborazione meramente formale del modello, con totale assenza di qualsiasi azione concreta di attuazione. In pratica, il modello, appunto elaborato correttamente, non è stato adottato, quasi che la sua efficacia 'esimente' potesse realizzarsi per il solo fatto di averlo predisposto;
- modello costituito da una semplice enunciazione di principi generici, senza alcun aspetto di natura procedurale. È ben vero che il modello deve contenere l'enunciazione formale dei principi cui l'ente intende

uniformare le proprie attività, ma è chiaro che il tutto non può esaurirsi in una 'promessa di buona condotta';

- mancata 'mappatura' di una o più aree di rischio che, successivamente, si sono mostrate rilevanti in quanto da esse è 'nato' il reato contestato;
- modello scollegato dalle caratteristiche della specifica realtà dell'azienda in cui avrebbe dovuto essere applicato: ha notato la giurisprudenza come molti modelli organizzativi sono risultati una (fedele) copia gli uni degli altri;
- assenza di attività di sensibilizzazione e formazione del personale.

6.4. Giova ricordare che, a seguito della specifica menzione, all'interno di alcune norme 'societarie' di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e succ. mod. inerenti i poteri/doveri dei componenti degli organi di amministrazione e degli organi di controllo, altresì della verifica dell'*adeguatezza dell'assetto organizzativo* adottato dalla società, anche il dovere di 'attivazione' circa la creazione e la corretta operatività dei modelli può a pieno titolo rientrare tra gli 'oggetti' propri delle attività di riferimento, in relazione appunto all'adeguatezza dell'assetto organizzativo.

Ai sensi dell'art. 2381 c.c., infatti, «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo amministrativo e contabile di una società sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa»: è opinione sempre più diffusa che nella citata espressione debba essere fatta rientrare anche l'adozione di un modello 231. In concreto, l'«assetto organizzativo amministrativo e contabile» di una società non può essere considerato «adeguato», in assenza del modello: si viene così a configurare un vero e proprio obbligo (civilistico) in capo all'organo delegato di attivare il Consiglio di amministrazione sul punto. L'inadempimento di tale obbligo, imposto dalla legge, può costituire per gli amministratori giusta causa di revoca *ex art.* 2382 c.c. e titolo per esercitare nei loro confronti le azioni di responsabilità ai sensi degli artt. 2393 ss. c.c.

Quanto ai sindaci, la vigilanza sull'adozione e l'attuazione di un idoneo modello, rientra nel «dovere» del collegio sindacale «di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo (e contabile) adottato dalla società» (art. 2403 c.c.). Sicché, in caso di mancata adozione ed attuazione di un modello utile alla prevenzione dei reati presupposto, i sindaci potranno essere solidalmente responsabili con gli amministratori *ex art.* 2407 c.c.

La sentenza del Tribunale di Milano, VIII sez. civile, n. 1774 del 13 febbraio 2008³⁷ appare emblematica al riguardo. Essa, infatti, nel contesto di una azione di responsabilità nei confronti dell'organo gestorio, sulle

³⁷ La decisione è reperibile sul *Quotidiano giur.* on line.

considerazioni che «la società attrice è stata sottoposta ad indagine per mancata predisposizione [...] di un adeguato modello organizzativo e gestorio ai sensi del d.lgs. n. 231/2001» ed ha in proposito, patteggiato ed assolto una sanzione» e «che il convenuto Presidente e Amministratore delegato della società è stato processato per reati di corruzione, turbativa d'asta e truffa, commessi nell'ambito della suddetta posizione amministrativa ed, in tale contesto, abbia patteggiato e subito una condanna a pena detentiva», ha ritenuto che il soggetto in questione, per quanto attiene all'omessa adozione di un adeguato modello organizzativo, abbia determinato alla società un danno in ragione dell'esborso per la concordata sanzione. Così condannandolo.

7. Il ruolo dei modelli di organizzazione, gestione e controllo: modello e colpevolezza dell'ente

L'opzione del legislatore incentrata nella creazione di un paradigma di base della colpevolezza dell'ente fondato sulla ottimizzazione della predisposizione e sulla concretizzazione contenutistica, in prima istanza ed operativa, in seconda battuta, dei modelli di organizzazione, gestione e controllo si presenta di particolare interesse valutata la sua effettività quale momento non illusorio per una ascrizione consapevole del fatto all'ente. Sotto il profilo soggettivo, l'ente deve adottare ed efficacemente attuare un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati della specie di quello invece verificatosi. La colpevolezza dell'ente è pertanto fondata non tanto sulla violazione di un generico dovere di vigilanza e controllo, quanto (e piuttosto) sulla violazione di un dovere tipizzato dalla legge stessa: l'adozione di specifici ed effettivi modelli organizzativi. In sostanza, il rimprovero che si potrà oggettivamente muovere all'azienda consisterà nella mancata adozione o nel carente funzionamento dei modelli di organizzazione, gestione e controllo. Il modello di organizzazione costituisce, insomma, la 'chiave di volta' della responsabilità dell'ente, qualunque sia la posizione rivestita dalla persona fisica autore del fatto di reato.

Acutamente in dottrina già negli anni '70 del 1900 si affermava come 'colpevolezza e pena' non fossero categorie esclusive delle persone fisiche, stante anche la funzione di prevenzione speciale del sistema punitivo in generale e del sistema penale in particolare, con la volontà 'sociale' da non era «né mito, né finzione, ma una consistente realtà»³⁸.

Va dunque con il d.lgs. n. 231 posto in luce l'avvenuto abbandono di una lettura soltanto 'antropocentrica' dei presupposti della responsabi-

³⁸ Cfr. specificamente PALAZZO, *Associazioni illecite ed illeciti nelle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 440.

lità colpevole 'penale', con il conseguimento di una nuova visione della stessa, giungendosi appunto a configurare una colpevolezza (orientata verso 'categorie giuridiche e sociali') propria ed originaria delle persone giuridiche, variamente articolata in relazione alla tipologia dei soggetti attivi del reato-presupposto e, soprattutto, in relazione ai differenti 'tipi' di persone giuridiche appunto; cioè *ejusdem professionis et conditionis* dello specifico ente di riferimento. E ciò sia allorché detta 'nuova' colpevolezza risulti qualificabile 'colpa di impresa', quando il reato sia stato commesso dai vertici, in quanto espressione fisiologica e diretta della politica d'impresa, sia allorché essa appaia invece definibile, in termini più lati e sfumati nell'espressione della politica d'impresa, 'colpa di organizzazione', quando il reato sia stato commesso da un sottoposto.

Ne consegue che l'obbligatoria dimensione 'collettiva' dell'illecito, parallela nel suo fondamentale ruolo alla dimensione 'umana' dello stesso, ma essa sola legittimante l'ascrizione di autonoma responsabilità alla persona giuridica ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, viene evidenziata come palese e potenziata, considerato altresì che il reato-presupposto dovrà essere realizzato in esecuzione ed in aderenza ad una ben delineata strategia aziendale, nel prevalente interesse od a vantaggio dell'ente coinvolto. Ciò che del resto è stato confermato altresì dalla giurisprudenza del *Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano* del 26 luglio 2007³⁹ che ha infatti affermato che «il legislatore ha [...] aggiunto un requisito di natura soggettiva, che evoca [...] l'idea della cosiddetta *culpa in vigilando*, consistente nella inesistenza di un modello di organizzazione idoneo a prevenire i reati. La responsabilità ex d.lgs. n. 231 è una 'responsabilità diretta', in quanto deriva da un fatto proprio dell'ente, cioè da un deficit dell'organizzazione d'impresa, ed autonoma rispetto alla responsabilità dell'autore del reato. L'adozione del protocollo gestionale ed organizzativo idoneo alla prevenzione di specifici rischi – reato e concretamente efficace esclude la responsabilità dell'ente. La predisposizione del modello organizzativo costituisce, infatti, il presupposto per recidere il collegamento tra la colpevolezza della persona giuridica e quella dei soggetti in posizione apicale, fondato sul riconoscimento di questi ultimi quali ispiratori della politica d'impresa dell'ente».

8. *L'art. 30 del d.lgs. n. 81 del 2008 ed il modello di organizzazione, gestione e controllo dell'ente: rapporti e connessioni*

Con particolare riferimento al d.lgs. n. 81 del 2008, assolutamente nuova si presenta la scelta normativa di prendere in diretta ed ulteriore

³⁹ La decisione è reperibile in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti online*, 2009.

considerazione il modello; *rectius*, a mio parere la ‘parte/sezione di modello’ ad esso connessa, come nelle prossime righe si cercherà immediatamente di spiegare. Con la norma di cui all’art. 30⁴⁰ che, se appare assai ‘strutturata’ nella sua generale caratterizzazione ed oggettivamente ricca da una parte di prescrizioni e, dall’altra, di ‘opportunità’, tuttavia appare altresì purtroppo non del tutto chiara nei suoi contenuti ed ambigua nella sua effettiva potenzialità. Ricordando il rischio di eccesso di delega al riguardo, posto che circa la responsabilità degli enti al legislatore delegato non è stata demandata che la riformulazione del ‘vecchio’ art. 25 *septies* di cui al testo della l. n. 123 del 2007, in punto modifica del regime sanzionatorio⁴¹: ambito, questo, che potrebbe decisamente conside-

⁴⁰ Si riporta il testo dell’art. 30: (Modelli di organizzazione e di gestione) «1. Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, deve essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l’adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi: a) al rispetto degli standard tecnico-strutturali di legge relativi a attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici; b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; d) alle attività di sorveglianza sanitaria; e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori; f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori; g) alla acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge; h) alle periodiche verifiche dell’applicazione e dell’efficacia delle procedure adottate. 2. Il modello organizzativo e gestionale di cui al comma 1 deve prevedere idonei sistemi di registrazione dell’avvenuta effettuazione delle attività di cui al comma 1. 3. Il modello organizzativo deve in ogni caso prevedere, per quanto richiesto dalla natura e dimensioni dell’organizzazione e dal tipo di attività svolta, un’articolazione di funzioni che assicuri le competenze tecniche e i poteri necessari per la verifica, valutazione, gestione e controllo del rischio, nonché un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello. 4. Il modello organizzativo deve altresì prevedere un idoneo sistema di controllo sull’attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate. Il riesame e l’eventuale modifica del modello organizzativo devono essere adottati, quando siano scoperte violazioni significative delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all’igiene sul lavoro, ovvero in occasione di mutamenti nell’organizzazione e nell’attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico. 5. In sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 28 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui al presente articolo per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori modelli di organizzazione e gestione aziendale possono essere indicati dalla Commissione di cui all’articolo 6. 6. L’adozione del modello di organizzazione e di gestione di cui al presente articolo nelle imprese fino a 50 lavoratori rientra tra le attività finanziabili ai sensi dell’articolo 11».

⁴¹ Art. 1 (Delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro) – «1. [...] – 2. I decreti di cui al comma 1 sono adottati, realizzando il necessario coordinamento con le disposizioni vigenti, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi generali: [...] f) riformulazione eraziona-

rarsi superato proprio a seguito dell'introduzione dell'art. 30, soprattutto se assumesse prevalenza la teoria che sostiene l'avvenuta introduzione, in forza di detto articolo, di un sottosistema derogatorio rispetto a quello generale delineato nell'art. 6 del d.lgs. n. 231.

Subito la premessa metodologica: il modello considerato nell'art. 30 non può essere autonomamente elaborato ed adottato e non esaurisce la globalità del modello 'generale' dell'ente (le peculiarità del quale abbiamo cercato di sintetizzare nelle precedenti pagine), ma viene a caratterizzare 'soltanto' la parte dello stesso mirata appunto alla prevenzione dei 'soli' reati-presupposto di cui all'art. 25 *septies*. Questa affermazione appare importante nel complesso della responsabilità della persona giuridica, in riferimento alla necessità che 'tutto' il modello risponda alle

lizzazione dell'apparato sanzionatorio, amministrativo e penale, per la violazione delle norme vigenti e per le infrazioni alle disposizioni contenute nei decreti legislativi emanati in attuazione della presente legge, tenendo conto della responsabilità e delle funzioni svolte da ciascun soggetto obbligato, con riguardo in particolare alla responsabilità del preposto, nonché della natura sostanziale o formale della violazione, attraverso: 1) la modulazione delle sanzioni in funzione del rischio e l'utilizzazione di strumenti che favoriscano la regolarizzazione e l'eliminazione del pericolo da parte dei soggetti destinatari dei provvedimenti amministrativi, confermando e valorizzando il sistema del d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758; 2) la determinazione delle sanzioni penali dell'arresto e dell'ammenda, previste solo nei casi in cui le infrazioni ledano interessi generali dell'ordinamento, individuati in base ai criteri ispiratori degli artt. 34 e 35 legge 24 novembre 1981, n. 689, e successive modificazioni, da comminare in via esclusiva ovvero alternativa, con previsione della pena dell'ammenda fino a euro ventimila per le infrazioni formali, della pena dell'arresto fino a tre anni per le infrazioni di particolare gravità, della pena dell'arresto fino a tre anni ovvero dell'ammenda fino a euro centomila negli altri casi; 3) la previsione della sanzione amministrativa consistente nel pagamento di una somma di denaro fino ad euro centomila per le infrazioni non punite con sanzione penale; 4) la graduazione delle misure interdittive in dipendenza della particolare gravità delle disposizioni violate; 5) il riconoscimento ad organizzazioni sindacali ed associazioni dei familiari delle vittime della possibilità di esercitare, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 91 e 92 c.p.p., i diritti e le facoltà attribuiti alla persona offesa, con riferimento ai reati commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale; 6) la previsione della destinazione degli introiti delle sanzioni pecuniarie per interventi mirati alla prevenzione, a campagne di informazione e alle attività dei dipartimenti di prevenzione delle aziende sanitarie locali, [...]». A titolo informativo, pur non essendo in vigore al momento della redazione del presente scritto alcuna modifica al testo ora indicato, si segnala che il Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2009 ha approvato lo schema di decreto legislativo correttivo del D.Lgs. n. 81/2008. Per la parte che interessa i "modelli di organizzazione e di gestione" per la sicurezza sul lavoro sono previste (art. 18) le seguenti modifiche: art. 18 – Modifiche all'articolo 30 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. «1. All'articolo 30 del decreto sono apportate le seguenti modifiche: a) al comma 2, dopo le parole: "idonei sistemi di registrazione" sono aggiunte le seguenti: "o di certificazione, ai sensi del comma 5-bis"; b) dopo il comma 5 è inserito il seguente: "5-bis. Le commissioni di certificazione, istituite presso gli enti bilaterali e le università ai sensi dell'articolo 76, comma 1, lettere a) e c) del decreto legislativo 10 ottobre 2003, n. 276, sono soggetti abilitati a certificare anche ai fini di cui all'articolo 2-bis [1], i modelli di organizzazione e di gestione nel rispetto delle disposizioni contenute nel presente articolo".

prescrizioni normative del d.lgs. n. 231, con diretta finalizzazione alla prevenzione di ‘tutti’ i reati-presupposto rientranti nella mappatura del rischio di concreta verifica. Di tale che una piena rispondenza della ‘parte del modello’ alle ‘specifiche’ di cui all’art. 30 del d.lgs. n. 81 che si trovasse a ‘convivere’ con altra ‘parte di modello’ non rispondente alle ‘specifiche’ di cui agli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231 potrebbe determinare la generale inefficacia del modello di organizzazione e di gestione adottato e concretamente attuato dall’ente stesso.

Discende da queste asserzioni che l’art. 30 del d.lgs. n. 81/08 non si presenta speciale rispetto ai generali contenuti degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231, ma si presenta come norma di specificazione dei contenuti della ‘parte di modello’ appunto legata all’art. 25 *septies*: parte, come già accennato, assai articolata, ma che comunque non costituisce nulla di più di quanto si potrebbe già desumere – come avviene per tutti gli altri reati-presupposto – dalla attenta analisi delle prescrizioni contenute in detti due articoli.

Per meglio spiegarsi – e così allontanandosi da letture determinanti portata derogatoria all’articolo in parola, ‘parandosi’ il temibile rischio della paventata illegittimità costituzionale per eccesso di delega – sembra che il legislatore del 2008 abbia, con l’art. 30, voluto ‘vincolare’ l’ente nella redazione della ‘sezione di modello’ di riferimento, indicando con previsione normativa espressa determinati requisiti minimi specificanti al riguardo i generali requisiti minimi del modello di organizzazione, gestione e controllo globalmente considerato, del pari ‘vincolanti’ per l’ente. Seppur si tratti di requisiti senza i quali la sezione del modello relativa alla prevenzione dei reati-presupposto di cui all’art. 25 *septies* non potrebbe essere considerata ‘idonea’ allo scopo preventivo, resta comunque ferma la doverosità di condividere e riportare anche detta sezione alla generalità delle prescrizioni del modello di cui appunto al d.lgs. n. 231, senza nulla precludersi – come avanti meglio si indicherà – alla concreta valutazione di idoneità legislativamente demandata in ultima istanza sempre all’organo giudicante, valutazione che non pare limitata *in parte qua* dalla accertata ‘presenza’ dei particolari requisiti minimi in parola.

Prima conseguenza logica di detta affermazione è che anche l’art. 30 del d.lgs. n. 81/08, in relazione alla parte di modello oggetto di sua considerazione, non si caratterizza per costituire un ‘obbligo normativo’ di adozione della sezione del modello considerata, costituendo invece un ‘onere (organizzativo)’ esattamente come è previsto a livello generale per gli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/01 in relazione al modello di organizzazione, gestione e controllo nella sua completezza: l’ente che voglia esimersi da responsabilità nel caso dei reati considerati dall’art. 25 *septies* dovrà dotarsi di apposita sezione del modello che assicuri l’adempimento degli avanti ricordati obblighi giuridici costituiti, prevalentemente in capo a persone fisiche in esso inserite, in funzione di prevenzione. Qualora l’ente debba sviluppare un protocollo predittivo ‘degli infortuni sul lavoro’

inerente alla 'tutela della sicurezza e della salute sui luoghi di lavoro', lo dovrà elaborare tenendo presente gli specifici contenuti tecnici elencati, da intendersi come regole cautelari di settore, essenziali per l'applicazione successiva della scriminante da responsabilità.

Ancora, quale ulteriore conseguenza logica, quanto indicato nell'art. 30, se inserito nella relativa sezione del modello, non potrà determinare una presunzione assoluta di 'innocenza' della persona giuridica: da qui, la prima ambiguità normativa, stante l'esordio della stessa disposizione e stante il 5° comma della medesima.

Il problema interpretativo sorge in quanto, da una parte, l'art. 30 al 1° comma appunto inizia asserendo: «Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa» e, dall'altra, poiché, a mente del comma 5 dell'art. 30, «[...] in sede di prima applicazione, i Modelli di Organizzazione aziendale definiti conformemente alle Linee Guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) del 20 settembre 2001 o al British Standard OHSAS 18001:2007 si presumono conformi ai requisiti di cui ai commi precedenti per le parti corrispondenti. Agli stessi fini ulteriori Modelli di Organizzazione di gestione aziendale possono essere indicati dalla commissione di cui all'art. 6».

Se l'*incipit* della norma è 'fuorviante', la maggiore complicazione è insita nel comma indicato, comma di ardua decrittazione e sul piano strutturale e sul piano funzionale. Sul piano strutturale, non è dato comprendere cosa significhi «*in sede di prima applicazione*»: se l'inciso dovesse essere inteso, così come sembra indicare la lettera della legge, nel senso della delimitazione temporale degli effetti, la norma non fissa i limiti cronologici della fase di *prima* applicazione; 'tempistica' che comunque sarebbe assai opinabile con riferimento al sistema della responsabilità degli enti, poiché priva di plausibili ragioni. Sul piano funzionale, la formulazione appare essere quantomeno 'curiosa' rispetto alle linee generali del sistema elaborato dal d.lgs. n. 231, laddove pone una presunzione di conformità dei 'modelli' – ma, in realtà, al massimo della 'sezione' del modello – ai contenuti legalmente predeterminati dai primi quattro commi dell'art. 30. Presunzione che scatterebbe ove essi, «*per le parti corrispondenti*», fossero conformi alle Linee Guida UNI-INAIL o allo *Standard OHSAS 18001:2007* e che avrebbe l'effetto di attribuire ad essi in automatico l'efficacia esimente di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001.

Non meno singolare e distonica si presenta la previsione finale che ascrive alla *Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro istituita presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale* la facoltà di integrare unilateralmente il novero degli *standards* organizzativi di riferimento, attraverso la predisposizione (astratta) di «ulteriori modelli – *rectius*, a parere nostro al massimo di 'ulteriori parti di modelli' – di organizzazione e gestione aziendale», sembrandosi aprire in tal modo la

strada alla proliferazione di altri 'prototipi' validati *ex ante*, anch'essi caratterizzati dalla potenzialità di attribuire alla persona giuridica in automatico efficacia esimente la propria responsabilità.

In sintesi: attraverso questo meccanismo, al giudice sarebbe inibita non solo la valutazione di idoneità della relativa sezione del modello sotto il profilo contenutistico ove esistenti le condizioni di cui ai primi quattro commi dell'art. 30, ma anche la possibilità di verificare l'esistenza di tali condizioni, ove le parti costituenti in concreto la sezione *de qua* fossero conformi ai parametri indicati.

Per fornire una 'logica esistenziale' ai contenuti dei dati normativi in parola, non sembra azzardato sostenere come essi derivino dall'esigenza di politica legislativa di accordare un trattamento premiale alle imprese più attive nell'adeguamento alle regole 'di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro'; ci sembra tuttavia doveroso optare per un'interpretazione riduttiva del testo del disposto, tale da annullare pericolose deroghe all'ordinario paradigma del d.lgs. n. 231 e tale da ovviare ad un'ingiustificabile disparità di trattamento degli enti collettivi.

D'altronde, soltanto un modello direttamente elaborato sulla realtà aziendale e produttiva potrà essere considerato «idoneo» e, così, con «*efficacia esimente della responsabilità*»: nessuna 'sezione di modello', seppur «*per le parti corrispondenti*» redatta in linea con le (astratte) prescrizioni di cui alle Linee guida Uni-Inail o con le (più concrete ed oggetto di certificazione 'esterna' di congruità) prescrizioni di cui allo *Standard OHSAS 18001:2007* e seppur strutturata sulla scorta delle eventuali, ulteriori indicazioni che potrebbe aver fornito la Commissione consultiva, sarà da considerarsi vincolante sul punto per il magistrato, il quale ben potrà comunque, sia in forza di precise disposizioni sostanziali, sia in forza di precise disposizioni processuali di cui al d.lgs. n. 231, operare in discrezionalità valutativa circa, appunto, l'efficacia in concreto del modello, con una verifica 'sul campo', 'caso per caso'. Annullare detta discrezionalità in riferimento alla sezione antinfortunistica del modello preventivo per i reati di cui all'art. 25 *septies* apparirebbe una pericolosa forzatura, la quale, priva di appigli formali o sostanziali nella legge delega, oltretutto renderebbe l'art. 30 incostituzionale. E valga infine osservare che tale sindacato è inequivocabilmente sancito dall'art. 36 d.lgs. n. 231 ed ancorato alle prescrizioni disciplinanti il rito processual-penalistico (*simultaneus processus*) dall'art. 34⁴².

Circa il rapporto con la colpevolezza, il modello (generale) di organizzazione, gestione e controllo si connette alla cosiddetta 'colpa generica', per imprudenza, negligenza od imperizia della persona giuridica,

⁴² Sull'argomento mi permetto rinviare a ROSSI, GERINO, *Art. 25 septies d.lgs. 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, n. 2, 3 ss. .

mentre la 'parte del modello' elaborata in linea con i requisiti minimi di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81 viene a costituire e ad incentrare quelle regole proprie di una 'colpa specifica' dell'ente, per violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline. Se, nell'accertamento giudiziale penale dell'elemento soggettivo della persona giuridica, il rispetto delle regole cautelari di cui ai contenuti minimi dell'art. 30 potrà determinare l'esclusione di un rimprovero per colpa specifica, soltanto il contemporaneo rispetto dei requisiti ulteriori tipici di una colpa generica potrà assicurare la piena esclusione di detto rimprovero, nel contesto, qui ribadito, della obbligatoria interconnessione tra tutte le parti (o sezioni) a contenuto preventivo del modello medesimo.

9. Codice etico ed aziende sanitarie: le scelte della Regione Lombardia

Già si è posto all'attenzione come, pur non considerando applicabile il d.lgs. n. 231/2001 – ed il relativo impianto sanzionatorio – alle Aziende sanitarie pubbliche, la Regione Lombardia ha tuttavia ritenuto opportuno – tramite l'introduzione di un codice etico-comportamentale – mutuarne il contenuto per introdurre, in tale contesto, il suddetto regime quale ulteriore garanzia della migliore organizzazione e trasparenza dell'operato delle Aziende, definendone principi etici di comportamento.

Sembra utile riportare le opzioni e le considerazioni di cui alle *Linee guida regionali per l'adozione del codice etico e dei modelli di organizzazione e controllo nelle aziende sanitarie locali e aziende ospedaliere*.

Si evidenzia come il codice etico rifletta i principi ispiratori del d.lgs. n. 231. Pur tuttavia, la Regione rileva espressamente che la disciplina prevista nel predetto atto normativo non trova applicazione, ai sensi dell'art. 1, 3° comma del d.lgs. n. 231, «...allo Stato, agli Enti Pubblici Territoriali, agli altri Enti Pubblici non economici, nonché agli Enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale». Viene comunque ricordato che, nel quadro di un processo di «depubblicizzazione» delle Aziende Sanitarie e Ospedaliere, la nuova configurazione connota le Aziende Sanitarie e Ospedaliere di tutte le funzioni ed i caratteri operativi dell'impresa, caratterizzati e qualificati dal concetto della «professionalità». Per questo motivo la promozione della «... sperimentazione diretta a verificare nelle Aziende sanitarie pubbliche l'applicazione di un codice etico comportamentale la cui osservanza è finalizzata alla prevenzione degli eventuali illeciti ...» – come si afferma nella *Deliberazione n.VII/17864 della Regione Lombardia* delli 11 giugno 2004 – può considerarsi uno stimolo all'evoluzione razionale ed efficiente dell'organizzazione aziendale e del funzionamento operativo dell'Azienda Ospedaliera e dell'Azienda Sanitaria Locale. Inoltre, «...il miglioramento continuo della qualità ha costituito e costituisce un obiettivo verso il quale dirigere gli interventi

di politica sanitaria, in quanto in grado di garantire al cittadino la migliore qualità ottenibile delle prestazioni erogate, e pertanto tale processo induce l'ottimizzazione delle risorse e dei processi organizzativi e gestionali delle strutture sanitarie...», ottenibile anche attraverso un modello organizzativo efficiente e facilmente controllabile. Di tale che la Regione Lombardia ha mutuato i criteri contenuti nel succitato decreto legislativo prevedendone, con d.gr. n. VII/17864 del 11 giugno 2004, l'applicazione in via sperimentale.

Si legge testualmente che «pur *non considerando applicabile* il d.lgs. n. 231/01 alle Aziende Sanitarie Pubbliche, si è ritenuto opportuno mutuarne il contenuto per introdurre, in tale contesto, la sperimentazione del suddetto regime a livello cautelativo non unicamente per la prevenzione degli eventuali illeciti, ma quale ulteriore garanzia della migliore organizzazione e trasparenza dell'operato delle aziende».

In tale ambito, la Regione Lombardia ha ritenuto di individuare delle aree meritevoli di analisi nella fase sperimentale di introduzione del codice etico e dei modelli organizzativi: si ricordano quelle: farmaceutica; acquisti beni e servizi; gestione rapporti con le aziende farmaceutiche.

L'aspetto sanzionatorio non è stato volutamente contemplato dalla d.gr. n. VII/17864/04, a differenza di quanto previsto nel d.lgs. n. 231/01. L'obiettivo della Regione, infatti, non è quello di introdurre ulteriori strutture sanzionatorie, ma di definire principi etici di comportamento, la cui comunicazione e condivisione diventa il vero scopo dell'introduzione del codice etico nelle aziende sanitarie. In questo contesto, obiettivo primario del progetto non è solo l'applicazione formale di un modello organizzativo, ma la dichiarazione e condivisione dei valori etici che regolano le attività delle aziende.

Secondo questa prospettiva, il «fondamento etico» dell'azienda risiede nella sua capacità di promuovere il benessere della società attraverso la soddisfazione degli interessi del consumatore e del lavoratore. L'etica aziendale richiede qualcosa in più che il semplice evitare pratiche illecite, e, pertanto, la gestione dell'etica in azienda esige l'adozione di un approccio fondato sull'idea di integrità che combini l'attenzione per la legge con un'enfasi sulla responsabilità etica manageriale. Una strategia basata sul principio di integrità permette, infatti, di stabilire uno standard di condotta più solido: mentre il principio di conformità alle leggi si basa sulla necessità di evitare sanzioni, il principio di integrità si fonda sull'idea di autogoverno e di responsabilità dei collaboratori in conformità ad una serie di principi e valori etici guida. La condivisione di questi principi da parte non solo della Direzione, ma di tutti i lavoratori fornirà quel valore aggiunto per fare di ciascuna realtà aziendale un motore di sviluppo del bene e del progresso sociale.

DANNO E RISCHIO DA PRODOTTI.
APPUNTI PER LA RILETTURA CRITICA
DI UN'ESPERIENZA GIURISPRUDENZIALE ITALIANA

di Alberto di Martino

SOMMARIO: I. Teorie: 1. Tematizzazione. – 2. L'approccio ideal-radicale. – 3. L'approccio realistico. – 4. Crisi delle categorie classiche? Un approccio scettico-conservativo orientato alla prassi. – 5. Responsabilità da prodotto: ambito del concetto, limiti dell'indagine. II. Prassi: 1. Caso dell'elettrocoperta. – 2. Caso del collaudo di paracadute. – 3. Caso del paracadute, del moschettone e dello spinotto. – 4. Caso della caldaia. – 5. Caso del caminetto. – 6. Il «caso Senna». – 7. L'interpretazione del pericolo nelle fattispecie cosiddette ingiunzionali.

I
Teorie

1. Tematizzazione

Il tema del danno da prodotto – o della responsabilità del produttore, o della tutela penale del consumatore – quale nuovo territorio del sistema penale costituisce indubbiamente argomento *à la page*. Pieno d'insidie e di pericoli, come ogni nuova frontiera (tema criminologicamente senza patria, è stato definito)¹; particolarmente idoneo a stimolare ai giuristi reminiscenze filosofico-letterarie², ma soprattutto esigere impegnative escursioni in campi anche molto lontani da quello propriamente giuridico: dall'ambito sociologico³,

¹ J. VOGEL, *Verbraucherschutz durch strafrechtliche Produkthaftung. Kriminologische und funktionale Aspekte*, in *Goldt's. Arch.*, 1990, 241 ss. (245).

² Da A. Schopenhauer a H. Jonas a U. Beck a Z. Bauman, solo per ricordare le citazioni più ricorrenti; qui vorremmo citare C. MAGRIS, *Il grande fallimento dell'idea (sbagliata) di progresso*, in *Corriere della Sera*, 31 dicembre 2006, 39 (contro il «produttivismo predatorio» di un sistema che «minaccia le basi stesse della vita umana»).

³ U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità* (1986), ed. it., Roma, 2000; N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, trad. it., Milano, 1996.

filosofico⁴, addirittura psicologico⁵, a quello economico-manageriale⁶; si richiedono vocazioni e competenze interdisciplinari, in dimensione e misura che gli studi giuridici ormai a nessun patto sembrano poter trascurare⁷.

Nella dottrina penalistica italiana la tematizzazione è recente. Tra le «fenomenologie criminose» la cui complessità – sia oggettiva, relativa cioè al tipo di attività, sia soggettiva, relativa alle entità che quell'attività realizzano – si scontra con i tradizionali modelli di ascrizione della responsabilità, è stata segnalata quale esempio paradigmatico quella della cosiddetta «responsabilità del produttore»⁸. Si tratta, cioè, dell'imputazione delle «lesioni di beni giuridici provocate dalla produzione industriale», a fronte delle quali l'armamentario penalistico si rivelerebbe superato sotto alcuni aspetti qualificanti, così riassumibili:

- perché si fonda naturalmente, per così dire, sull'attribuzione di un evento singolo ad una condotta che lo ha causato, e dunque finisce in

⁴ Il riferimento d'obbligo è essenzialmente a H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, trad. it., a cura di P.P. Portinaro, Torino, 2002; vedi pure K. POPPER, *Congetture e confutazioni* (1963), trad. it., Bologna, 1972.

⁵ Es., R. RUMIATI, *Decidere*, 2006; M. MOTTERLINI, *Trappole cognitive*, 2008. Il riferimento è soprattutto alla teoria delle decisioni, che si ritiene rilevante per la comprensione del modo con il quale le decisioni sono prese in contesti organizzati di individui.

⁶ Ad es., H. MINTZBERG, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Bologna, 1985; H.L. TOSI *et al.*, *Comportamento organizzativo: persone, gruppi e organizzazione*, Milano, 2002; L. BRUSA, *Dentro l'azienda. Organizzazione e management*, Milano, 2004; R.L. DAFT, *Organizzazione aziendale*, Milano, 2004; C.E. HAUSCHKA (a cura di), *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, München, 2007 (2009²); N. BOSCH, *Organisationsverschulden im Unternehmen*, Baden-Baden, 2002. Il riferimento agli studi di organizzazione aziendale è considerato essenziale per capire come operano le organizzazioni in seno alle quali nascono i comportamenti che portano ai grandi disastri tecnologici: in tal senso F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, 192 (cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici). Cfr. anche la nota che segue.

⁷ Insiste in particolare sul punto F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003³, VII, 16; nell'identico solco, F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, 3 e *passim*; un cenno anche in G. MARRA, *Diritto penale del rischio e teoria delle decisioni*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Völke*, München, 2009, 435 ss. (436). Nella dottrina tedesca cfr. già K. TIEDEMANN, *Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung*, in *Id.* (a cura di), *Die Verbrechen in der Wirtschaft. Neue Aufgaben für Strafjustiz und Strafrechtsreform*, 1970 e 1972², 13; di recente, K. LÜDERSEN, *Risikomanagement und «Risikohöherungstheorie» – Auf der Suche nach Alternativen zu § 266 StGB*, in *In dubio pro libertate*, cit., 345 ss. (356), che invoca fra l'altro la valorizzazione dei (pochi) studi sulla valutazione delle conseguenze degli atti normativi (cfr. in tema C. BÖRET, G. KONZENDORF, *Handbuch der Gesetzesfolgenabschätzung (GFA). Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften*, Baden-Baden, 2001, ove a p. 75 ss. una interessante esemplificazione in tema di normativa a protezione dei testimoni); nonché già *Id.*, *Entkriminalisierung des Wirtschaftrechts*, II, Baden-Baden, 2007, 48 ss.; si veda anche, in particolare, l'impostazione del volume di Hauschka, cit. alla nota che precede.

⁸ C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovo o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1240.

- ambasce* davanti ad eventi complessi in cui l'eziologia non è accertabile, se non nei termini di una «corrispondenza di rischio»;
- perché la complessità soggettiva delle attività disperde i nessi di sicura riconducibilità dell'evento ad una precedente azione od omissione, con sostanziale, indebita fungibilità prasseologica delle due categorie, affidata a fattori contingenti, in spregio della cospicua differenza tra fare ed omettere, sulla quale s'impertina ancora ogni astratta valutazione giuridico-penale;
 - perché la realizzazione normale della condotta è plurisoggettiva, mentre le fattispecie classiche sono *naturaliter* monosoggettive ed ogni estensione alla pluralità soggettiva avviene secondo le logiche del concorso di persone, istituto nel quale ruotano, come «figuranti», ruoli che risultano incommensurabili a quelli nei quali, all'interno di un'organizzazione aziendale minimamente «complessa», maturano le decisioni che possono veicolare responsabilità penali;
 - perché si affievolisce la pregnanza del rimprovero soggettivo per dolo o per colpa: se non si conosce l'entità e la conformazione del rischio, non è possibile reperire modelli di evitabilità dell'evento; dolo eventuale e colpa con previsione finiscono con il sovrapporsi; così come si determinano inammissibili contaminazioni fra criteri per determinare la causalità e misurare la colpa⁹.

Quest'impostazione diagnostica delle insufficienze del sistema penale è stata ulteriormente sviluppata, com'è noto, nell'ambito di uno sforzo già classico, monumentale e quasi epico – per valore giuridico e dichiarata ispirazione morale – compiuto da Federico Stella per negare che il diritto penale possa e debba razionalmente occuparsi dei danni prodotti in modo massificato da un intero «sistema produttivo», dei «grandi» (ma anche «piccoli») «pericoli globalizzati»; dove «razionalmente» significa: a patto di non tradire i principi di protezione dei diritti individuali di libertà «supremi anche nelle democrazie post-moderne»¹⁰.

⁹ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004 (v. pure la recensione di R. BARTOLI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1163 ss.), nonché sinteticamente ID., *La responsabilità del produttore: una nuova frontiera del diritto penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1125 ss.; specificamente sugli aspetti relativi all'identificazione delle regole cautelari rilevanti ai fini del giudizio di colpa, vedi G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.

¹⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., VIII. Fortemente critico, anche segnalando una spiccata impostazione forense (defensionale) delle tesi sostenute e «riversate» nel lavoro teorico, è tuttavia A. PAGLIARO, *Causalità e normativismo*, in *In dubio pro reo*, cit., 507 ss. (509), in cui si precisa ulteriormente la tesi – relativa in particolare al concetto di «convincimento morale» del giudice sulla esistenza di una legge scientifica – già espressa in ID., *Causalità e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 1037 ss.; su cui vedi la critica di M. TARUFFO, *La prova del nesso causale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Scienza*

Entro il primo lustro del nuovo millennio, anche la scienza penalistica italiana porta insomma a compimento il suo *take-off*, la sua categoriale «rivoluzione industriale»¹¹, importando nella discussione dogmatica e politico-criminale il tema del «danno da prodotto»¹², e dunque del rischio come categoria distinta dal pericolo, dell'incertezza (del cd. ignoto tecnologico), della «precauzione»¹³; riflessione maturata, d'altronde, a margine d'una serie di casi affrontati dalla giurisprudenza, in particolare europea¹⁴ e – in misura minore, a partire dalla metà degli anni Ottanta del Novecento – italiana.

La diagnosi dell'impatto sul sistema penale e sulle sue categorie, prodotto dai nuovi problemi della società industrializzata, appare sostanzial-

e causalità, Padova, 2006, 95 s., 102 s. e nt. 66, peraltro adesivamente richiamato dallo stesso Pagliaro nel lavoro per primo citato: *Causalità e normativismo*, cit., 512 in nt. 24.

¹¹ Il riferimento è al termine impiegato, appunto per la rivoluzione industriale, da W.W. ROSTOW, *Leading Sectors and the Take-off*, in ID. (a cura di), *The Economics of Take-off into sustained Growth. Proceedings of a conference held by The International Economic Association*, London, 1963. Per la citazione e la discussione sul saggio del Rostow si rinvia a F. CATALANO, *Stato e società nei secoli, II. L'età moderna*, Messina-Firenze, 1969, 874.

¹² C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit.; inoltre A. BERNARDI, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2003, 1 ss.; G. AZZALI, *La responsabilità penale del produttore per danni alla salute*, *ibid.*, 1991, 849 ss.; A. MADEO, *La tutela penale della salute dei consumatori*, Torino, 2006 (per qualche spunto di casistica giudiziaria in tema di tutela dei consumatori vedi pure A. LA RANA, *Diritto penale dei consumatori*, Napoli, 2007, 71 ss.); con riferimento a specifici settori, anche D. CASTRONUOVO, *Brevi note sull'atteggiarsi del pericolo per il bene giuridico nei reati alimentari*, *ibid.*, 1997, 637 ss. (partic. 643 ss.). Nella dottrina spagnola cfr. ad es. J.M. PAREDES CASTAÑÓN, T. RODRIGUES MONTAÑES, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, 21-40 (per la posizione generale del problema); E. ÍÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001.

¹³ G. FORTI, «Accesso» alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, 155 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, *ibid.*, 227 ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1743 ss.; D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 647 ss. (651 ss.); F. CONSORTE, *Spunti di riflessione sul principio di precauzione e sugli obblighi di tutela penale*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2007, 269 ss. Infine, nell'ambito della ricerca che ha dato occasione alla pubblicazione di questo volume, vedi R. MARTINI, *Incertezza scientifica, rischio e prevenzione. Le declinazioni penalistiche del principio di precauzione*, in *questi Atti*. Per la posizione del principio nel diritto internazionale cfr. A. TROUWBORST, *Evolution and status of the precautionary principle in International law*, The Hague, 2002; più di recente, in generale (in una prospettiva non esclusivamente giuridica), vedi pure E. FISHER, J. JONES, R. VON SCHOMBERG (a cura di), *Implementing the precautionary principle: perspectives and prospects*, Celtenham, 2006 (partic. il saggio di R. VON SCHOMBERG, *The precautionary principle and its normative challenges*, *ivi*, 19 ss. e spec. la Tavola 2.3; nonché 223 ss. per una prospettazione delle applicazioni della logica della precauzione a specifici ambiti, dai cambiamenti climatici alle nanotecnologie).

¹⁴ Per la giurisprudenza tedesca, dopo trascurabili (trascurate) esperienze in materia di spine difettose, alimenti e medicinali, l'inizio è stato segnato essenzialmente dal caso Contergan; cfr. comunque innanzi tutto la rassegna di J. SCHMIDT-SALZER, *Produktthaf-*

mente condivisa, in dottrina, nei suoi aspetti generali, e cioè nei termini che poco sopra sono stati riassunti all'osso. Le principali proposte maturate sono invece radicalmente divergenti. Grosso modo si può dire che si contendono il campo due atteggiamenti di fondo: uno, per così dire, ideal-radical e uno che potremmo definire realistico.

2. *L'approccio ideal-radical*

Il primo patrocina l'abbandono della via del diritto penale (e, in fondo, del diritto *tout court*) per fronteggiare «i grandi e i piccoli pericoli della società globale del rischio». L'argomentazione è ormai molto nota: «La generale fallibilità della scienza, [...] la straordinaria incertezza immanente ad ogni processo scientifico di valutazione del rischio, il grande divario tra le valutazioni compiute da scienziati diversi, la palese non neutralità rispetto ai «valori» della scienza, la vocazione all'errore nell'abituale prassi scientifica, l'influenza che su di essa ha la percezione sociale del rischio» suggeriscono che non ci sono spazi per una criminalizzazione di massa mediante la creazione di reati di pericolo astratto (o concreto)¹⁵. Quelle incertezze porterebbero infatti, secondo questa prospettiva, all'inarrestabile debordare delle istanze di controllo preventivo della società, un «controllo di massa, realizzato attraverso la punizione con il carcere di tutti i comportamenti pericolosi *ex ante*, o *ex ante* idonei a provocare un danno»¹⁶, anche se il pericolo astratto non dà nessuna informazione sul pericolo concreto. Lo stesso concetto giuridico-penale di pericolo, del resto, perde ogni senso a fronte dei «nuovi pericoli»: atomico, effetto serra, distruzione dell'ambiente, ingegneria genetica ecc.¹⁷, a fronte dei quali non ha nessun senso un'«attribuzione individualizzante». Soltanto il diritto civile – in parte – ma soprattutto il diritto amministrativo, con il corredo di strumenti ad esso tipici (ad es., i piani di sviluppo, di bonifica, la contrattazione con le imprese, le sanzioni per quest'ultime)¹⁸ e, in particolare, mediante la valorizzazione del potere di

tung, Bd.1: Strafrecht, Heidelberg, 1988²; per quella statunitense è paradigmatico il caso dell'autovettura Ford «Pinto», che ha segnato negli U.S.A. il momento d'inizio del tentativo di rispondere con la repressione penale alla «business violence»: cfr. F.T. CULLEN, G. CAVENDER, W.J. MAAKSTAD, M.L. BENSON, *Corporate Crime Under Attack. The Fight to Criminalize Business Violence*, s.i.l., 2006², 42 ss. e *passim*.

¹⁵ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 453 (della prima edizione; vedi anche 533 ss., 578 ss. della 3^a ed.).

¹⁶ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 397 (della prima edizione). Vedi pure L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 71 ss. (74, 80; ma con proposta non coincidente con quella di Stella: cfr. 83 ss.).

¹⁷ A questi pericoli pensa F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., VII.

¹⁸ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 593 ss.

«regolazione»¹⁹ possono costituire una sede plausibile per le decisioni di controllo e minimizzazione del rischio in materia di «responsabilità da prodotto»²⁰. D'altronde, si soggiunge con una carica di passione morale e civile che costituisce di per se stessa inestimabile lascito di questo afflato teorico, neppure il diritto come tale può fare qualcosa di realmente efficace contro i grandi pericoli globalizzati, ad esso (alla scienza giuridica) restando soltanto il compito di «denunciare pubblicamente i propri limiti, indicando nell'autoregolamentazione sociale e nel cambiamento radicale degli stili di vita l'unico, vero, grande rimedio»²¹.

In effetti, anche l'esperienza della giurisprudenza civile, quanto alla specifica disciplina della responsabilità da prodotto, è stata giudicata fallimentare ancora nei primi anni Duemila²², anche se – in astratto – l'accertamento in sede civile, sfuggendo alle regole dell'art. 533 c.p.p. sotto il profilo dell'«oltre il ragionevole dubbio», potrebbe rivelarsi strada maggiormente congrua ai fini della tutela delle vittime.

È necessario ricordare, in proposito, come la diversità, ma anche le intersezioni fra le prospettive penale e civile nel definire i criteri della responsabilità per il fatto siano state recentemente puntualizzate dalle Sezioni Unite civili della Cassazione²³: «mentre ai fini della sanzione penale si imputa al reo il fatto-reato [...] ai fini della responsabilità civile ciò che si imputa è il danno e non il fatto in quanto tale. E tuttavia un "fatto" è pur sempre necessario perché la responsabilità sorga», un fatto, cioè, che esprima il nesso storicamente verificatosi tra una condotta (o cose, o fatti di altra natura) ed un evento.

Su questa base, il danno rileva sotto due diversi profili: «come evento lesivo e come insieme di conseguenze risarcibili». Nel primo senso (evento lesivo) il danno è legato alla condotta dalla causalità «materiale» o «naturalistica» o «strutturale» (cosiddetto *Haftungsbegründende Kausalität*); nel secondo senso (conseguenze risarcibili) il danno è legato alla condotta dalla causalità «giuridica» che ha «funzione di delimitare, a valle, i

¹⁹ F. CENTONZE, *Disastri*, cit.; sul potere di regolazione cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007.

²⁰ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 1ª ed., 166.

²¹ F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 3ª ed., IX, 14 («catarsi etica, fonte di una nuova autoregolamentazione sociale»). Critico su questa posizione, come accennato, A. PAGLIARO, *op. cit.*, 509, il quale denuncia come essa miri all'assoluzione di qualsiasi imputato in qualsiasi procedimento. Sull'impostazione di Pagliaro (ampiamente argomentata in *Id.*, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, II, Milano, 2007, 181) non è possibile qui soffermarsi, perché relativa alla più generale questione del modo d'intendere il nesso causale.

²² Cfr. A. BITETTO, *Oltre la siepe: la scala del giardiniere e la responsabilità da prodotto difettoso!* (commento a Trib. Milano, sez. X, 31.1.2003, Ferrara c/s.a.s. La Vetroscale, in *Danno e resp.*, 2003, 636), cui si rinvia per la citazione dei precedenti giurisprudenziali (*ivi*, in nt. 4).

²³ Cass. civ., S.U., 11.1.2008, n. 581 in tema di danno da emoderivati.

confini di una (già accertata) responsabilità risarcitoria» (cosiddetto *Hafungsausfüllende Kausalität*). Sotto il primo profilo in particolare, la giurisprudenza civilistica afferma di applicare i principi penalistici dell'art. 40 (e 41), precisandosi tuttavia che «non è sufficiente tale relazione causale per determinare una causalità giuridicamente rilevante, dovendosi, all'interno delle serie causali così determinate, dare rilievo a quelle soltanto che [...] nel momento in cui si produce l'evento causante non appaiano del tutto inverosimili, ma che si presentino come effetto non del tutto imprevedibile, secondo il principio della cosiddetta causalità adeguata o quella simile della cosiddetta regolarità causale». La «valutazione della prevedibilità obiettiva deve compiersi *ex ante*, nel momento in cui la condotta è stata posta in essere».

All'obiezione mossa dalla dottrina sull'utilizzazione del criterio *ex antea*, la Corte risponde che la prevedibilità dev'essere valutata in astratto non con riferimento all'uomo medio ma alle conoscenze scientifiche del momento. L'adozione della prospettiva *ex antea* ha qui, come si vede, uno scopo ben preciso, tipico della prospettiva civilistica: quello di neutralizzare la «variabile del tempo intercorrente tra il fatto dannoso ed il suo accertamento, nel senso che quanto maggiore è quel tempo tanto maggiore è la possibilità di sviluppo delle conoscenze scientifiche e quindi dell'accertamento positivo del nesso causale (con la conseguenza illogica che della lunghezza del processo, segnatamente nelle fattispecie a responsabilità oggettiva, potrebbe giovare l'attore, sul quale grava l'onere della prova del nesso causale)»²⁴.

Su quest'impostazione non è possibile soffermarsi qui in dettaglio; tuttavia essa sollecita sin d'ora una duplice riflessione. Per un verso, la posizione delle Sezioni Unite parrebbe portare ad un «innalzamento» dei requisiti per ritenere l'esistenza di un danno risarcibile: è il prezzo per l'utilizzazione della (o, meglio, l'avvicinamento alla) logica penalistica nella determinazione della causalità naturalistica (quella tra condotta ed evento lesivo)²⁵. Su questa base, si potrebbe dubitare che il diritto civile possa porsi come reale alternativa ordinamentale, (anche) in ambito di responsabilità da prodotto, alle difficoltà dell'accertamento penalistico dei «fatti».

Sotto questo aspetto si deve osservare, tuttavia, che la maggiore elasticità dell'accertamento civile si coglie non tanto rispetto al nesso causale in quanto tale, quanto rispetto ai termini che esso mette in relazione. Per comprendere quest'affermazione si può fare riferimento ad un orien-

²⁴ La Corte aggiunge che, dal punto di vista oggettivo, l'inutilità del comportamento alternativo lecito esclude la tipicità dell'omissione: «non può riconoscersi la responsabilità per omissione quando il comportamento omesso, anche ove fosse stato tenuto, non avrebbe comunque impedito l'evento prospettato».

²⁵ Analoga considerazione con riferimento alla prassi in Germania si trova in J. SCHMIDT-SALZER, *op. cit.*, 36.

tamento della giurisprudenza civile di merito²⁶: in un caso concernente l'esplosione di una macchinetta da caffè, i giudici hanno affermato che la colpa dipendeva dalla lacunosità delle informazioni; la sussistenza del coefficiente soggettivo è argomentata in relazione alla possibilità (al meno dubbio: «forse») che la condotta osservante avrebbe evitato l'evento. Lo standard richiesto non è certo in termini di certezza. Ma la questione del livello di certezza della ricostruzione nasconde un diverso problema. *Ciò che si imputa alla ditta, in sede civile, è il difetto di informazione; ma non è questa la condotta che sarebbe penalmente rilevante: penalmente rilevante sarebbe invece la messa in circolazione di un prodotto insicuro; il difetto di informazione attiene eventualmente al momento in cui si debba imputare il profilo della colpa. Ma proprio questo profilo finisce in sede civile per fare aggio sulla fattispecie; et pour cause, perché il processo era stato instaurato in via di responsabilità extracontrattuale, che notoriamente si radica, almeno secondo una prospettiva tradizionale, sull'atipicità dell'illecito, e non sulla «tipicità» caratterizzante l'illecito penale.*

²⁶ Per l'accertamento incidentale ed il riconoscimento dunque anche del danno non patrimoniale (in sentenza definito «morale»), nonostante la natura oggettiva della responsabilità *ex d.pr. n. 224/1988*, v. infatti Trib. Vercelli, 7.4.2003, Mutato M. e D. c./Guido Bergna s.p.a., in *Danno e resp.*, 2003, 1001, con commento di PONZANELLI, *Responsabilità oggettiva del produttore e difetto di informazione*, *ivi*, 1005 s. Il caso concerneva l'esplosione di una macchinetta del caffè. Si legge testualmente in motivazione: «La circostanza che la responsabilità del produttore sia stata affermata sulla base delle previsioni del d.p.r. n. 224/1988 non esclude che – qualora si ravvisi un comportamento colposo del produttore e la sussistenza di un fatto-reato – si possa riconoscere il risarcimento del danno morale. Il vantaggio offerto al consumatore [...] ovvero la possibilità di ottenere un risarcimento a prescindere dalla colpa del produttore, non può essere diminuito per effetto di una preclusione assoluta ad ottenere il ristoro dei danni non patrimoniali». La questione non si era neppure posta in sede di prima applicazione del d.pr. n. 224/1988: cfr. Trib. Monza, 20.7.1993, in *Foro it.*, 1994, I, 251. Altra giurisprudenza aveva escluso la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di responsabilità fondata non sulla colpa, ma sulla semplice riconducibilità causale del danno alla presenza di un difetto nel prodotto: cfr. Trib. Milano, sez. X, 31.1.2003, Ferrara c/s.a.s. La Vetroscala, *cit.* (a fronte del riconoscimento del danno biologico da invalidità temporanea, del danno da postumi invalidanti a carattere permanente, del danno patrimoniale, si tratta di voce di danno che comporterebbe nell'accertamento forse più problemi che vantaggi, dovendosi provare in tal caso la sussistenza di un vizio di costruzione o progettazione imputabile a colpa del personale della ditta produttrice o del progettista o comunque di chi era stato incaricato di realizzare la scala o i suoi componenti: in tal senso si esprime il giudice, pur nel differente contesto dell'esclusione della responsabilità *ex artt. 2043, 2049 c.c.*: differente, ma qui irrilevante perché, sotto il profilo della colpa rilevante ai fini della responsabilità aquiliana generale, le conclusioni valgono *mutatis mutandis* per la colpa penale. Al fine del ristoro *ex art. 2059 c.c.* dovrebbero essere provati gli elementi costitutivi del fatto-reato, e dunque il risarcimento sarebbe escluso tutte le volte che la responsabilità assume natura obiettiva; tesi questa, peraltro, non condivisa da parte di quella giurisprudenza che nella responsabilità del produttore non ravvisa un'ipotesi di pura responsabilità oggettiva, ammettendo dunque l'accertamento incidentale ai (soli) fini del riconoscimento equitativo del danno «in considerazione dell'importo riconosciuto come danno alla salute» (cfr. per riferimenti A. BITETTO, *op. cit.*, 638, in nt. 20).

La questione di fondo è dunque la seguente: *il processo civile – o meglio: l'accertamento agli effetti civili – può scardinare la tipicità della fattispecie di responsabilità penale per il solo fatto che compie un accertamento incidentale?*²⁷ Non si tratta di una questione solo teorica, dacché il problema potrebbe porsi in concreto allorché l'accertamento incidentale dell'esistenza del reato avvenga ai soli effetti civili ma in sede penale, perché ad esempio la parte civile soccombente in primo grado abbia impugnato il proscioglimento di primo indipendentemente dal pubblico ministero.

In caso negativo, la strada che resta al danneggiato è pur sempre quella, segnalata in dottrina²⁸, della disciplina in tema di garanzie commerciali.

Per altro verso, e correlativamente, il riferimento alle sole conseguenze prevedibili *ex antea* segnala un'esigenza che, se vale – per l'appunto – per la responsabilità civile, non può non valere anche per quella penale: quella di limitare l'ambito della responsabilità a ciò che rientra nel dominio del soggetto. E ciò, sia dal punto di vista causale, mediante il riferimento alla disciplina dell'art. 41 cpv. c.p., sia dal punto di vista dell'identificazione delle regole cautelari che richiedono osservanza, fra le quali saranno da utilizzare soltanto quelle esistenti e conoscibili *ex antea*.

3. *L'approccio realistico*

A fronte dell'indirizzo ideal-radical, dichiaratamente massimalista, si colloca l'impostazione di quanti, in Italia²⁹, giudicano suggestivo ma probabilmente eccessivo e comunque realisticamente improponibile il ritirarsi del diritto penale di fronte ai pericoli del «macchinismo», di quella caratteristica strutturale dell'industrializzazione che importanti storici avevano identificato come aurorale connotato del suo decollo: «il periodo, nella vita di un'economia, in cui, nel tempo stesso, uno o più settori industriali moderni incominciano a determinare, raggiungendo un alto ritmo di sviluppo, non soltanto nuove funzioni produttive ma anche effetti che si diffondono su larga scala»³⁰. La preoccupazione principale sembra essere quella di arginare, pur con la consapevolezza dei limiti della

²⁷ La questione è particolarmente rilevante, come è ovvio, nel caso di costituzione di parte civile, allorché la pretesa sia ritenuta fondata e si debba procedere alla liquidazione. Ma il problema si pone anche nel caso in cui la pretesa della parte civile sia stata respinta in primo grado, e la parte civile abbia appellato in difetto dell'appello del p.m. In tal caso, cui si accenna nel testo (possibile anche dopo la cosiddetta legge Pecorella), il giudizio prosegue ai soli effetti civili.

²⁸ G. PONZANELLI, *Responsabilità oggettiva del produttore*, cit., 1006.

²⁹ Trascuriamo qui la rassegna delle posizioni espresse, in particolare, dalla dottrina tedesca, di cui ampio resoconto critico, del resto, si trova sia in F. STELLA, *op. ult. cit.*, 516 ss., sia in C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 616 ss.

³⁰ Cfr. *retro*, nt. 11.

repressione penale, (almeno) quelle condotte che possono sfociare in una vittimizzazione di massa, soprattutto se nascoste dietro il paravento del periodo di latenza delle ripercussioni dannose³¹; a tal fine, appare inevitabile orientarsi verso cosiddetti paradigmi (il termine è molto in voga) di illecito – rischio e pericolo astratto –³² destinati a «scoraggiare comportamenti indesiderati che possono minare le condizioni di esistenza delle generazioni a venire». Più in dettaglio, le norme penali in materia dovrebbero avere di mira l'interesse collettivo della «sicurezza dei consumatori» (costituzionalmente rilevante ex art. 41, co. 2 Cost.)³³, da tutelare ispirandosi al principio di precauzione³⁴; dovrebbero essere costruite come illecito di rischio, incardinato – quale reato d'obbligo – su una condotta a forma vincolata e nel quale il legislatore «tipicizza minuziosamente gli indicatori di gravità del rischio, che inducono alla sua minimizzazione» (precisamente, consentono di riconoscere in tempo il pericolo, controllarlo, contenerlo)³⁵; dovrebbero essere incardinate sull'individuazione di posizioni di garanzia effettivamente calettate sull'organizzazione complessa del processo produttivo; dovrebbero conseguentemente avere come destinatari (anche e soprattutto) gli enti collettivi; dal punto di vista dell'elemento soggettivo, dovrebbe essere prevista una forma di responsabilità intermedia fra dolo e colpa³⁶, suscettibile di cogliere l'elemento

³¹ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 620.

³² Accontentarsi di reati di pericolo concreto non sarebbe sufficiente, perché troppo prossimo alla lesione; ma neppure fattispecie di pericolo astratto sarebbero sufficienti, perché la prova del pericolo – anche come condizione fattuale di legittimazione della scelta incriminatrice – presuppone pur sempre la conoscenza del fattore di rischio, la quale è invece di norma proprio ciò che manca. Cfr. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit. Sulla questione delle conoscenze di fatto alla base del processo legislativo e del relativo controllo costituzionale cfr. D. PULITANO, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 ss. (e partic. 1025 ss.).

³³ Sul punto cfr. comunque L. VESPIGNANI, *Produzione e consumo fra diritti e tutele*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Mercato Amministrazione Diritti*, 422.

³⁴ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 634.

³⁵ Si tratta, come precisamente nota M. Donini, di reati di pericolo astratto-concreto, orientati dunque ad un modello diverso rispetto a quello puramente precauzionale (M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, in M. DONINI, D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 277, in nt. 165). Di recente, «pericolo» e «rischio» sono stati definiti, agli effetti del d. lgs. 9.4.2008, n. 81 (in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), rispettivamente come «proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni», e come «probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione» (art. 2, lett. s).

³⁶ Il richiamo è alla figura della *recklessness*; istituto che peraltro sembra essere stato accolto da una parte della dottrina italiana con accenti forse troppo ottimistici (sul tema cfr. in Italia, essenzialmente, F. CURI, *“Tertium datur”*. *Per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003): si tratta, per gli stessi giuristi angloamericani, di

della noncuranza degli interessi collettivi che né il dolo né la colpa come tradizionalmente intesi sarebbero idonei a esprimere in modo adeguato, anche per la normale collocazione della persona fisica all'interno di un'organizzazione di cui non ha un dominio decisionale, anche se eventualmente collocata in posizioni di vertice.

In dottrina è stato anche proposto un articolato specificamente dedicato alla responsabilità in materia di produzione/distribuzione di prodotti pericolosi³⁷, volto a tutelare vita, incolumità, salute di un numero indeterminato di persone mediante l'incriminazione di condotte non meramente inosservanti dei requisiti di sicurezza (preferibilmente sanzionate in via amministrativa), ma produttive di un pericolo «grave e concreto» per quei beni³⁸, ulteriore rispetto alla mera pericolosità del prodotto e cagionato con dolo o colpa grave³⁹.

4. *Crisi delle categorie classiche? Un approccio scettico-conservativo orientato alla prassi*

A fronte della contrapposizione poc'anzi riassunta, si è levata di recente⁴⁰ una voce di cautela rispetto agli auspici volti all'abbandono della via segnata dai principi fondamentali dell'imputazione causale e dalla tradizionale configurazione delle forme soggettive del rimprovero penale (dolo e colpa), per i sentieri malcerti della categoria del rischio e di nuove ed originali forme d'imputazione soggettiva. Quanto all'aspetto oggettivo, si è avvertito che, nel momento in cui ai fini della rilevanza penale del rischio si richiedono segni qualificati (per intensità, frequenza, diffusività di esiti che segnalino una propensione al danno), si finirebbe col sovrapporre il rischio stesso ad «un modello criminoso meritevole, all'opposto, di un trattamento sanzionatorio di particolare gravità», addirittura del tipo di quello approntato dalle più gravi fattispecie a tutela della pubblica

una delle categorie più astruse dell'intero diritto penale; e si tenga conto che, sul tema, dottrina e prassi nordamericane, da un lato, britanniche dall'altro, sono separate da una lingua comune, per usare una chiosa autoironica corrente laggiù.

³⁷ M. DONINI, *op. ult. cit.*, 306 (304-315), 274-282 per la fondazione teorica di questa proposta.

³⁸ Precisa M. DONINI, *op. ult. cit.*, 281, che «il giudizio di causalità o di pericolo [...] non vanno rapportati direttamente al bene che, per quanto afferabile, può essere anche immateriale, ma alla situazione di fatto che, descritta o implicita nel tipo, significa la lesione o la messa in pericolo del bene».

³⁹ Soluzione ispirata ai §§ 19, 20 del *Geräte-und Produktsicherheitsgesetz*, 2004.

⁴⁰ GA. DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, 513 ss. (531 s.); ma già *Modelli scientifici e "cultura" dei principi nel rapporto di causalità in diritto penale*, in *Studium iuris*, 2002, 454.

incolumità⁴¹. Quanto al versante soggettivo, si è paventato il rischio di supportare, contro le intenzioni, prassi corrive nell'accertamento degli indici di colpevolezza, o peggio la loro presunzione (percepibilità del rischio *in re ipsa* da parte dell'agente). Su queste basi, si è proposto di valorizzare la connessione tra «ridimensionamento del rigore nomologico delle leggi esplicative» – pur sempre basate su un fondamento epistemologico ed un sostegno empirico di comprovata validità – e condizioni della prova della colpevolezza, le quali sfuggono ad una logica deduttiva, ma non per questo si sottraggono ad una verifica «oltre ogni ragionevole dubbio». Scartata la plausibilità intrinseca (scissa, cioè, dal confronto con l'esperienza del processo penale) delle soluzioni dirette alla creazione di illeciti di rischio, neppure però si deve ritenere che, davanti all'incerto tecnologico, il diritto penale sia destinato necessariamente a segnare il passo. In quest'ottica diventa decisiva, in ordine al modello da preferire, non tanto la coerenza interna di una qualsiasi elaborazione dottrinale, quanto la tenuta delle categorie in sede di accertamento processuale: il confronto con la prassi diviene decisivo.

A tale confronto, seguendo questa indicazione di massima e senza prendere posizione rispetto all'uno od all'altro orientamento, sono dedicate le considerazioni che seguono nella Parte II del lavoro.

5. Responsabilità da prodotto: ambito del concetto, limiti dell'indagine

Preliminarmente, tuttavia, è necessaria una delimitazione dell'oggetto dell'indagine. In effetti, i termini – comunemente utilizzati in modo indifferente – di «responsabilità del produttore» o «responsabilità da prodotto» o «danno da prodotto» non hanno un significato penalistico definito⁴². Se si considerano cursoriamente le posizioni dottrinali sino ad

⁴¹ Fattispecie le quali, come è stato rilevato, in quanto configurano l'evento di pericolo come condizione obiettiva di punibilità, costituiscono «un significativo esempio di «flessibilizzazione» ante litteram del paradigma classico del diritto penale»: A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica - I. Reati di comune pericolo mediante violenza*, Milano, 2008, 117 (117-122); corsivo in originale.

⁴² In area tedesca cfr. ad es., fra i lavori recenti, A. SCHMUCKER, *Die «Dogmatik» einer strafrechtlichen Produktverantwortung. Das fahrlässige Unterlassen als Institut der Produktkriminalität*, Frankfurt am Main, 2001, 39; C. HOLTERMANN, *Neue Lösungsansätze zur strafrechtlichen Produkthaftung. Eine Untersuchung unter Heranziehung des Tatbestandes der gemeingefährlichen Vergiftung - § 314 Abs. 1 Nr. 2 StGB*, Baden-Baden, 2007; H. VON SCHAUMANN-WERDER, *Strafrechtliche Produkthaftung im Europäischen Binnenmarkt. Der Einfluss europäischer Instrumente zur Herstellung und Aufrechterhaltung des Binnenmarktes*, Köln-München, 2008. D'obbligo comunque i rinvii a L. KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989 e W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1996² (1^a ed.: 1993). Si deve inoltre consultare il monumentale G. EIDAM, *Unternehmen und Strafe. Vorsorge und Krisenmanagement*, Köln, 2008³, 645 ss., nr. marg. 2397 ss., ove i necessari riferimenti anche per la documentazione giurisprudenziale.

ora riassunte, appare evidente come esse ammettano che questo «campo di materia»⁴³ sia suscettibile di estendersi dalla responsabilità per la messa in commercio di beni – «prodotti» – destinati ad un utilizzo (al «consumo») da parte di «consumatori», a quella per gli effetti nocivi di sostanze impiegate in processi produttivi (destinati oppure no alla produzione di beni di consumo nel senso appena espresso), a quella, infine, per lo stesso processo di produzione, per il «sistema produttivo» *tout court* soprattutto quando da esso derivino disastri di enormi proporzioni⁴⁴.

Del resto, per quanto differenti siano le «soluzioni» proposte per contrastare la crisi delle categorie classiche del diritto penale, come si è visto la diagnosi è sostanzialmente comune; a ben guardare, peraltro, quest'ultima assume come oggetto privilegiato di osservazione due fattori di torsione del sistema: gli eventi di disastro e le situazioni – che possono identificarsi negli stessi disastri, ma non necessariamente –⁴⁵ nelle quali è impossibile ricostruire in termini nomologico-deduttivi la catena causale che ha portato all'evento perché le «trame causali» sono «oscur».

Senonché la vastità dei problemi coinvolti da un approccio siffatto al concetto di danno da prodotto suggerisce di restringere drasticamente l'angolo visuale adottato in questa sede. Questo perché, anche laddove il danno massificato appaia determinato dall'azione di un «prodotto» (per evitare confusioni diremmo meglio: di una sostanza), la responsabilità – eventualmente anche penale – finisce con il coinvolgere, in casi siffatti, un intero modo di produzione, in sé e per sé oggetto di una scelta politica in termini di liceità⁴⁶; il che vale a maggior ragione quando un sistema di produzione gestisce sostanze le cui potenzialità lesive, in sé o per le interazioni con altre sostanze o condizioni, non sono scientificamente accertabili con certezza. Ma, per l'appunto, non saranno qui presi in considerazione quei casi nei quali è, di fatto, un intero modo di produzione – si ripete, in sé autorizzato dall'ordinamento – che finisce

⁴³ Per la discussione sull'autonomia della branca «products responsibility» cfr., per tutti, D. OWEN, *Products Liability Law*, St. Paul (MN), 2008² partic. 4 ss., 25 ss., con riferimento, peraltro, alla discussione se le norme in materia di responsabilità da prodotto siano appunto autonome oppure parte del *contract law* o del *tort law*.

⁴⁴ Fondamentale la precisazione di Bricola (F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione* (1978), ora in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, I.2, Milano, 1997, 1231/1233 ss.) in relazione al concetto di «tipo» di produzione ed alla differenza con i problemi posti dalle «modalità» di essa: non si allude alla qualità del prodotto, ma alla «specie di attività produttiva complessivamente considerata: e il problema investe quei settori della produzione che presentano un altissimo grado di pericolosità (non solo all'interno ma anche all'esterno dello stabilimento) difficilmente fronteggiabili mediante *cautele* relative al processo produttivo e soprattutto tali da provocare danni caratterizzati sia da gravità sia da irreversibilità» (1234; corsivo in originale).

⁴⁵ Così come non di tutti i disastri è ignota l'eziologia: con riferimento al caso del disastro di Bhopal, ad es., F. CENTONZE, *Disastri*, cit., 292 ss.

⁴⁶ Sottolinea particolarmente su questo aspetto L. STORTONI, *op. cit.*

sotto accusa (ciò è accaduto, solo per citare un esempio, nel cosiddetto processo del Petrolchimico di Porto Marghera). D'altra parte, la posizione della giurisprudenza in questo come in altri casi che hanno fatto epoca⁴⁷ è stata già tanto ampiamente ed autorevolmente analizzata sotto ogni aspetto rilevante, che anche soltanto ripercorrere per sommi capi le trame sarebbe del tutto superfluo in questa sede.

Si escluderanno pertanto, innanzi tutto, le questioni poste dalla produzione di danni massificati, legati alla stessa natura dell'attività d'impresa od a *defaillances* imputabili, piuttosto che a singole persone fisiche, ad un intero sistema produttivo.

Non a caso, è proprio con precipuo anche se non esclusivo riferimento a queste situazioni che si è ritenuto di escludere la legittimazione dell'intervento penale, con la sua logica dell'arresto di un singolo uomo, cioè della determinazione del capro espiatorio. Anche se, con riferimento a queste stesse situazioni, sarebbe opportuno non dimenticare quella posizione, non sospettabile di sfrenatezza criminalizzatrice, che auspicava un controllo pubblico preventivo, anche penale, sul tipo di produzione, «diretto, nella fase iniziale o di trasformazione, ad espellere tipi di produzione che presentano un elevato rischio di dannosità sociale», auspicando in aggiunta che «sarebbe necessario, altresì, formulare una fattispecie penale diretta ad incriminare chi, eludendo i controlli, inizia o svolge, a seguito di trasformazione, un tipo vietato di produzione»⁴⁸.

Non che la prassi, per vero, ignori siffatta prospettiva di responsabilità di un 'sistema': ma si tratta di tutt'altri ambiti ordinamentali. In proposito, anche per ragioni di chiarezza sul senso del discorso, può non essere inutile soggiungere, in effetti, che un problema di responsabilità, individuale e collettiva, derivante da condotte *di* (e non semplicemente *in*) un sistema economico o politico in quanto tale – condotte anche di enti collettivi, anche d'uno Stato – può eventualmente essere discusso nel ben diverso ambito dei crimini internazionali (ed eventualmente della responsabilità civile per questi, se ammessa).

Il riferimento è, in generale, alla responsabilità di enti collettivi, pubblici o privati, per crimini – legati a violazioni di diritti umani – rispetto ai quali si afferma, di norma, una responsabilità individuale di sole persone fisiche⁴⁹.

Il problema si è concretamente posto, in particolare, in relazione alla pretesa responsabilità di imprese multinazionali per complicità in violazioni dei diritti umani commesse da governi (es., quelle operanti in

⁴⁷ Il riferimento è ai casi ricordati già da F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975.

⁴⁸ F. BRICOLA, *op. cit.*, 1242-1243.

⁴⁹ Sia qui sufficiente il rinvio a S. JOSEPH, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation*, Oxford-Portland (Oregon), 2004 nonché G.P. FLETCHER, *Tort Liability for Human Rights Abuses*, Oxford-Portland (Oregon), 2008, partic. cap. 6 (133 ss.).

Sudafrica nel periodo dell'*apartheid* per concorso nel predetto crimine internazionale)⁵⁰; in relazione alla responsabilità dello Stato serbo per genocidio (che, pur nella particolarità del tema, può presentare qualche aspetto d'interesse in ordine ai criteri di determinazione ed accertamento di una volontà colpevole attribuita ad entità diverse da persone fisiche); in relazione alla responsabilità di una nota società petrolifera per l'omicidio di un attivista politico, fautore dell'autonomia nello sfruttamento delle risorse economiche, in Nigeria.

Quanto alla prima questione, il riferimento è ad un controverso filone giurisprudenziale di Corti statunitensi⁵¹, che hanno riconosciuto la propria giurisdizione anche sulle azioni civili di risarcimenti dei danni presentate da stranieri per violazione di norme internazionali sui diritti dell'uomo da parte di grandi società transnazionali; così, ad es., nel caso di alcune società europee le quali sarebbero state complici del governo sudafricano nella commissione del crimine di *apartheid*⁵². La Corte di Appello del Secondo Circuito, ribaltando la decisione di primo grado, ha ritenuto – a parte le argomentazioni di *comity* nei rapporti internazionali⁵³ – non sussistente la *mens rea* della complicità, come fissata dallo standard dell'art. 25 (3) (c) dello Statuto della Corte Criminale Internazionale: norma che richiede uno specifico intento di facilitare la commissione del crimine (*purpose of facilitating*), non essendo invece sufficiente la semplice consapevolezza della volontà dell'autore principale di commettere un crimine⁵⁴.

Quanto alla seconda questione, il riferimento è al problema, sottoposto alla Corte internazionale di giustizia e deciso con sent. 26 febbraio 2007, della determinazione di una colpevolezza dello Stato per atti di genocidio, ed in particolare se essa «si debba identificare necessariamente

⁵⁰ Cfr. soprattutto A. CLAPHAM, *Corporate Criminal Liability: New Developments in International Criminal Law*, in *Journ. of int'l crim. just.*, 2008, 899 (ove, in nota, 27, opportuni richiami di documentazione); interessante la segnalazione di J. KYRIAKAKIS, *Australian Prosecution of Corporations for international Crimes. The Potential of the Commonwealth Criminal Code*, in *Journ. of int'l crim. just.*, 2007, 809 ss. (l'ordinamento australiano prevederebbe, in ragione del disposto combinato della *Division* 268 in rel. alla previsione della *Part* 2.5., *Section* 12.1. del *Criminal Code*, la giurisdizione universale per crimini internazionali anche se commessi da enti collettivi); in Italia cfr. S. MANACORDA, *Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale*, Torino, 2008.

⁵¹ Per un quadro aggiornato cfr. G.P. FLETCHER, *op. cit.*, partic. 177 ss.

⁵² Ne riferisce M. FASCIAGLIONE, *Quasi cum conscio domino: la complicità (aiding and abetting) delle società transnazionali nell'apartheid in Sudafrica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 392 ss., ove ulteriori essenziali riferimenti.

⁵³ Su questi aspetti, relativi a presupposti per l'esercizio della giurisdizione previsti dall'*Alien Tort Claims Act* [ATCA], cfr. S. JOSEPH, *op. cit.*, partic. 40-47 e G.P. FLETCHER, *op. cit.*, partic. 17-25.

⁵⁴ Nella manualistica v. di recente, sul tema, G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, trad. it., Bologna, 2009, nr. marg. 442 ss.

te con la *mens rea* dei suoi individui-organismi o piuttosto se non vada valutata l'intenzione dello Stato nel suo complesso al fine di determinarne l'eventuale *dolus specialis* necessario per l'integrazione di quello specifico crimine. Come l'intenzione di un singolo individuo non può che essere provata inferendola dalle circostanze di fatto, così tale inferenza sarebbe altrettanto legittimata rispetto alla prova dell'intento di uno Stato, anche laddove non vi sia una specifica intenzione degli individui-organismo (il che può accadere qualora la commissione di atti criminali avvenga ad opera di organismi statali isolati)⁵⁵. In tal senso, è inevitabile che la prova della colpevolezza di un'entità astratta «passi principalmente per il tramite di un processo di deduzione dell'intento [...] dall'insieme delle condotte poste in essere dai suoi organismi e da altre circostanze di fatto, senza che sia necessario che tutti gli individui-organismo che abbiano commesso dei crimini abbiano condiviso l'intento genocidiario»⁵⁶.

Va inoltre soggiunto che i caratteri di un fenomeno quale il «danno da prodotto», che si inserisce «nella trama dei rapporti fra società del rischio e diritto penale» – presenza di pericoli capillari e diffusi per la salute dei consumatori, con «incontrollabile capacità di proliferazione»⁵⁷; trame causali ignote; riconducibilità della fonte del rischio all'attività di organizzazioni complesse – non sono (più), a ben vedere, propri esclusivamente del settore della produzione industriale, ma costituiscono una dimensione esistenziale della *humana conditio*, cioè ineriscono ormai a tutti gli aspetti della vita (produttiva) moderna. Anche le produzioni agricole biologiche, ad esempio, sono afflitte da difetti di conoscenza dei meccanismi causali derivanti dall'interazione fra loro e con le colture tradizionali; e, per giunta, neppure è chiaro, nel preferire le prime alle seconde, se sia una questione di preservare beni giuridici «vitali» (salute, incolumità) oppure altri beni certo importanti ma che si situano su tutt'altro piano di valutazione: ad esempio, qualità della produzione, qualità del paesaggio rurale anche in relazione al recupero della sua conformazione nella storia⁵⁸.

Così, si riconosce, facendo il punto sullo «stato dell'arte» della ricerca in agricoltura biologica, che resta ancora molto da chiarire sull'impatto

⁵⁵ Ciò sarebbe avvenuto in Darfur secondo le conclusioni, peraltro criticate, della Commissione internazionale d'inchiesta (riferimenti in A. CALIGIURI, *La questione dell'accertamento del dolus specialis dello Stato nella commissione di un genocidio alla luce di una recente sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 442, in nt. 15).

⁵⁶ A. CALIGIURI, *op. cit.*, 444.

⁵⁷ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 38 ss.

⁵⁸ In alcune zone i PTCP mirano alla ricostruzione della trama della centuriazione romana: M. FAGNANO, P. BARBERI, *La ricerca agronomica in agricoltura biologica: stato dell'arte e prospettive*, in R. Zanoli (a cura di), *Sostenibilità e qualità delle produzioni agricole biologiche*, Perugia, s.d. (ma 2007), 31.

ambientale proprio di quest'ultima, in particolare con riferimento alla *scarso possibilità di prevedere con la dovuta precisione* gli apporti e la cinetica della mineralizzazione⁵⁹; che, quanto alla zootecnia, esiste un maggiore rischio biologico anche se un minore impatto chimico e, quanto a prodotti quali il latte biologico, non è dato sapere quali effetti benefici per il bambino derivino dalla sua assunzione da parte della madre⁶⁰; per tacere dell'obiezione che i prodotti geneticamente modificati sono più controllati, controllabili, nient'affatto estranei ed anzi con enormi potenzialità di contribuire alla *sustainability* dello sviluppo (come nel caso, ad es., del *golden rice*)⁶¹.

Anche queste ultime osservazioni depongono nel senso di escludere l'opportunità di ricondurre all'ambito della responsabilità da prodotto tutte le ipotesi di eventi lesivi (ad es., derivanti dall'uso di sostanze tossiche) che coinvolgono il tipo ed il modo di produzione – «industriali», ma non solo – in quanto tali, dissolvendo in tal modo il tema del danno da prodotto in quello dei rapporti fra società del rischio, tecnologia e diritto penale.

★ ★ ★

Ci si limiterà allora, in questa sede, ad una rassegna e rilettura critica d'ipotesi di *danno alla persona concretizzatosi in relazione all'uso di prodotto pericoloso o difettoso* affrontate ad oggi dalla giurisprudenza italiana⁶², e considerate come «casi emblematici»⁶³: ipotesi paradigmatiche, perché è

⁵⁹ M. FAGNANO, P. BARBERI, *op. cit.*, 28.

⁶⁰ G. MASOERO, in R. ZANOLI, *op. cit.*

⁶¹ Sul punto, per quanto con posizione invero «massimalista», cfr. F. BATTAGLIA, A. ROSATI (a cura di), *I costi della non-scienza. Il principio di precauzione*, Milano, 2004, 53. Quanto alla disciplina italiana in materia di ogm, non ce ne occuperemo in questa sede perché non si registra un'esperienza giurisprudenziale nazionale in tema. Di recente la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una serie di disposizioni della L. 28.1.2005 n. 5, di conversione del D.L. 22.11.2004 n. 279 relativo a «Disposizioni urgenti per assicurare la coesistenza tra le forme di agricoltura transgenica, convenzionale e biologica»: fra queste, anche della fattispecie contravvenzionale risultante dal disposto combinato degli artt. 8 e 6, co. 2, della detta legge (a norma della quale era punito con l'arresto da uno a due anni o con l'ammenda da euro 5.000 a euro 50.000 chiunque effettuasse colture transgeniche, ad eccezione di quelle autorizzate per fini di ricerca e di sperimentazione, fino all'adozione dei cd. piani di coesistenza ex art. 4 della stessa legge): cfr. Corte Cost. 17.3.2006 n. 116.

⁶² Con esclusione di quelle ipotesi nelle quali non si riscontra un'esperienza giurisprudenziale significativa. Così è, ad es., per la materia dei cosmetici (L. 11.10.1986 n. 713 come modif. dal D. Lgs. 24.4.1997 n. 126): ci è nota solo la sent. della Cass., III, 19.12.2002, Ragazzi, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2589 e *Rass. dir. farm.*, 2003, 965, relativa peraltro a profili – identificazione del concetto di 'prodotto cosmetico' – non direttamente rilevanti in questa sede.

⁶³ A. BERNARDI, *op. cit.*, 33. Vi sono però certamente – è facile immaginarlo – anche casi ad ora non pubblicamente noti. Di uno riferisce ad esempio M. DONINI, *Imputazione*

in particolare rispetto ad esse o comunque a partire da esse che sono stati tematizzati i problemi di sconfinamento nell'arbitrio giudiziale, che una parte cospicua, se non maggioritaria, della dottrina riconduce insistentemente ad una incontrollabilità della «materia» con le categorie tradizionali: arbitrio, lo si è già accennato (I.1), nell'accertamento del nesso causale, nell'identificazione dei soggetti penalmente responsabili, nella dimostrazione del dolo o della colpa.

Si tratta dunque di una sorta di rilettura «di secondo ordine» (dove si osservano osservazioni, nel senso di Luhmann)⁶⁴, per verificare innanzi tutto come la giurisprudenza abbia interpretato ed applicato le regole di ascrizione della responsabilità; quindi per accertare se la 'verbalizzazione' dei criteri di decisione corrisponda effettivamente alla reale *ratio decidendi*⁶⁵; per valutare se – infine – la lettura che la dogmatica ha dato di quelle vicende giurisprudenziali, al fine di accreditare la necessità di nuovi paradigmi per affrontare le questioni oggetto del giudizio, risponda adeguatamente ad eventuali difficoltà, deficienze, incongruenze delle posizioni di volta in volta espresse in giurisprudenza.

Proprio il limitato angolo visuale qui assunto suggerisce, infine, di considerare una sparuta casistica della giurisprudenza di legittimità, relativa alle ipotesi nelle quali il danno od il pericolo investono un «consumatore», considerato «civilisticamente» come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta», ipotesi che vanno sotto il nome di fattispecie ingiunzionali⁶⁶ e delle quali è incerto se costituiscano il Cavallo di Troia del principio di precauzione nel sistema penale, seppure in area tutto sommato (per ora) marginale⁶⁷.

Sotto altro aspetto, non sarà presa in considerazione nell'analisi qui tratteggiata quella serie di norme incriminatrici che pure possono essere ricondotte al tema della responsabilità da prodotto, inteso in senso lato,

oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio, Torino, 2006, 32 (caso della ribaltina nell'asilo: si tratta del rovesciamento, in un asilo, di un armadio con ribaltina, sulla quale avevano impropriamente agito dei bambini non sorvegliati, con esito mortale. L'armadio era stato fornito alla scuola vent'anni prima, quando non vi erano precise regole sul fissaggio alla parete, e nel frattempo era intervenuto anche un trasloco: problema di colpa o «problema di rapporto di rischio [...] perché a una ipotizzabile colpa iniziale non si può ascrivere quel risultato?» – così pone la questione lo stesso Donini, *op. ult. cit.*, 33).

⁶⁴ N. LUHMANN, *Sociologia*, cit., 24.

⁶⁵ Cfr. ad es. *infra*, § II.5.

⁶⁶ Per le opportune specificazioni sulle fattispecie penali previste in materia dal codice del consumo cfr. per tutti le annotazioni di F. CONSULICH, in F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari*, Padova, 2007², sub D. Legisl. 6 settembre 2005, N. 206.

⁶⁷ Lo teme, e dunque interpreta coerentemente le norme relative al fine di escluderlo, F. CONSULICH, cit., sub art. 112, § II al nr. marg. 4.

ma che risultano per varie ragioni estranee all'orizzonte di problemi od al metodo prescelto. Così è, ad esempio:

1. per le fattispecie a tutela di aspetti economico-patrimoniali (es., artt. 515, 516 c.p.);
2. per le fattispecie (di norma previste nella legislazione speciale) per le quali non si riscontra un'esperienza giurisprudenziale significativa;
3. per le fattispecie del codice penale cd. di pericolo comune, rispetto alle quali nella prassi non emerge tanto un problema di arbitraria retrocessione dal pericolo al rischio, quanto il controverso aspetto delle modalità di accertamento del pericolo (aspetto sul quale, ovviamente, rifluiscono le dispute sulla tecnica di tipizzazione: pericolo astratto, concreto, presunto, o altro)⁶⁸, nonché – data la frequente convergenza di norme – quello della scelta della norma incriminatrice applicabile al singolo caso⁶⁹; ad ogni modo, si tratta di fattispecie che pongono problemi – relativi al bene tutelato ed alla complessa problematica del 'pericolo' – anche solo accennare ai quali sarebbe qui un fuor d'opera.

II

Prassi

1. *Caso dell'elettrocoperta*

Si trattava della morte di una bambina lasciata incustodita in culla, avvolta in un'elettrocoperta priva di dispositivo idoneo a provocare la disattivazione dell'alimentazione elettrica nel caso di eccesso di riscaldamento; la coperta aveva determinato la morte proprio a causa dell'eccessivo calore e dei gas sprigionatisi, non esistendo appunto un congegno termostatico che ne disattivasse il funzionamento a regime raggiunto. Oltre al padre, che si era allontanato da casa, è stato ritenuto responsabile di omicidio colposo il produttore; la Cassazione, con-

⁶⁸ La giurisprudenza di norma esclude la necessità di un'indagine peritale, o meglio il necessario vincolo del giudice alle sue risultanze: a mero titolo d'esempio, fra tantissime, Cass., III, 28.6.2007, n. 35234, Lepori, in *CED Cass.*, rv. 237518-520 (sul solco di Cass. SU 19.12.2001, Butti e a.); Cass., IV, 23.9.2004, in *Cass. pen.*, 2006, m. 471 (dove è molto chiaro che il riferimento alla comune esperienza è in realtà quella del settore professionale di appartenenza del soggetto che ha accertato la violazione, cioè, nella specie, un veterinario). Sulle varie tecniche di tipizzazione, v. l'intero cap. III della Parte II in A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo: profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005 (181 ss.).

⁶⁹ In tal senso A. BERNARDI, *op. cit.*, 33.

fermando le precedenti sentenze di merito⁷⁰, si è espressa nel senso che «il costruttore ha l'obbligo ben preciso di progettare e costruire tali indumenti in modo che nell'uso abituale vi sia sicurezza, anche nel caso di un eventuale uso negligente da parte dell'acquirente, tenuto conto che un prodotto, destinato ad una generalità di utenti, non può essere posto in vendita senza l'adozione di cautele idonee ad evitare rischi di danni per le persone o le cose»⁷¹.

In questo caso, non sussiste nessun dubbio sul decorso causale; il problema si sposta sul tipo di condotta esigibile dal costruttore ai fini del rimprovero per colpa, sotto il profilo, innanzi tutto, dell'inosservanza di una regola cautelare: all'epoca (il fatto è del 1976), la progettazione e costruzione di elettrocoperte non era regolamentata da alcuna disposizione di legge. Tale circostanza, non solo non esclude la rimproverabilità, ma è per i Giudici addirittura decisiva al fine del giudizio di colpa, perché proprio l'assenza di una regolamentazione normativa implica un «*maggior onere di cautela e attenzione da parte del fabbricante*».

In termini generali, la conclusione può essere condivisibile, ma soltanto sul presupposto – non esplicitato dalla massima ma affermato in sentenza –⁷² di una colpa generica per violazione di regole prevenzionistiche note al tempo della commercializzazione del prodotto, seppur non codificate. Nel caso concreto, peraltro, queste non sono individuate in base alla migliore scienza ed esperienza nello specifico settore, ma quale espressione di un «principio di carattere generale» – i civilisti direbbero di *neminem laedere* –; si tratta cioè di «obbligo generico, ma ben preciso, di progettare e costruire le stesse in modo che nell'uso abituale [...] vi fosse sicurezza, anche nel caso di eventuale uso negligente». L'operatività delle categorie classiche in funzione dell'imputazione di un evento singolo – anche se riconducibile ad un'attività d'impresa suscettibile di diffondere, come si suol dire, il germe del danno – non sembra porre qui particolari problemi, se non di rigore nella loro applicazione in conformità con il principio di personalità della responsabilità penale. In effetti, già in quest'ipotesi emerge il problema centrale del momento di individuazione della regola cautelare: se cioè il giudizio di colpa debba essere condotto solo in prospettiva *ex antea*, cioè

⁷⁰ Sul senso di questa precisazione cfr. *infra*, § II.4 e nt. 99.

⁷¹ In questi termini la massima relativa a Cass., IV, 17.5.1988, Guarducci, in *Cass. pen.*, 1990, m. 44. È stato possibile consultare il testo integrale della sentenza grazie alla cortese collaborazione del dott. Alessio Scarcella, dell'Ufficio Massimario e Ruolo della Corte di Cassazione.

⁷² La sentenza precisa che «le prove di laboratorio avevano evidenziato con immediatezza i pericoli che derivavano dall'uso delle elettrocoperte prodotte dall'imputato» (a conferma dell'addebito che la coperta fosse «assolutamente pericolosa»), difettavano dunque le «cautele minime che evitino rischi di danni per le persone e le cose circostanti».

considerando le regole cautelari esistenti al momento in cui l'agente realizza la condotta, oppure se, al contrario, si debba tener conto di conoscenze successive⁷³.

Sul punto, la Cassazione ha dunque ritenuto esistente una regola cautelare 'generica' già al momento della progettazione e costruzione del prodotto. Se così è, l'argomentazione scorre tranquillamente nell'alveo dei principi.

Contro questa tranquillizzante interpretazione, per vero, si potrebbe ancora contestare alla Corte l'arbitrarietà di un'autonoma identificazione del contenuto della regola cautelare generica, con particolare riferimento all'estensione della cautela anche nel senso della prevenzione contro l'uso negligente da parte del consumatore. Si assisterebbe, con ciò, ad una (inconsapevole?) falsificazione, cioè alla posizione del problema dell'accertamento della colpa sui binari della falsa alternativa 'colpa generica vs. colpa specifica' – alternativa già di per sé problematica dal punto di vista processuale⁷⁴, quando invece il ricorso alla prima in assenza dei presupposti della seconda servirebbe solo a mascherare con i panni della colpa generica, per l'appunto, una situazione nella quale non si può affermare l'esistenza *tout court* di una regola cautelare conoscibile al momento della condotta.

Ma si tratterebbe di un'obiezione infondata. Stabilendo che la regola cautelare si riferisce anche alla prevenzione dell'uso negligente da parte dell'utilizzatore, la Corte sorregge il rigetto della tesi difensiva volta ad affermare la natura eccezionale della condotta del genitore (non ricorrente per cassazione) il quale negligenzemente aveva ommesso d'interrompere il flusso di corrente quando la coperta era già riscaldata: condotta, questa, realizzata in violazione delle istruzioni d'uso che indicavano come uso normale il riscaldamento del letto prima di coricarsi. Sulla base del rilievo che «il dimenticare di disinserire la corrente ... non può costituire un fattore straordinario ed imprevedibile, idoneo ad escludere il rapporto di causalità tra il fatto del produttore e l'evento mortale», i Giudici hanno buon gioco nell'affermare la «normalità» del pericolo di uso negligente anche in termini di contenuto della regola cautelare⁷⁵, trattandosi di pro-

⁷³ Su questo aspetto v. in particolare G. MARINUCCI, *op. loc. cit.*; D. PULITANÒ, *Colpa*, cit., partic. 648-650.

⁷⁴ Di recente si sofferma puntualmente su questo aspetto D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3836 ss. Specificamente in tema di responsabilità da prodotto cfr. comunque ID., *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 301 ss.

⁷⁵ Sulla rilevanza del comportamento negligente della stessa vittima dal punto di vista della dogmatica della colpa cfr. specificamente O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 425 s. (e lì, in nt. 96, la precisazione sulla materia della responsabilità da prodotto come limite al principio di affidamento, dovendosi qui affermare la doverosità delle misure idonee ad evitare il comportamento scorretto

dotto che comunque può creare pericoli ed è destinato ad una generalità di utenti: un presupposto, quest'ultimo, che legittima proprio in quanto tale la natura «generica» – ma non imprecisa – della cautela doverosa.

2. *Caso del collaudo di paracadute*

Si tratta di un caso ampiamente analizzato in dottrina ed assunto a paradigma nostrano della responsabilità da prodotto⁷⁶. Un paracadutista decedeva a causa della mancata apertura del paracadute principale, causata da un difetto occulto di fabbricazione di un componente del paracadute stesso, prodotto da impresa diversa da quella che lo aveva messo in commercio. In particolare, il difetto non era percepibile in base ad un'ispezione esterna del prodotto, ma rilevabile solo attraverso una prova di carico a terra non garantita contrattualmente dalla società venditrice.

Dal punto di vista oggettivo, l'eziologia dell'evento non pone particolari problemi, o meglio, esibisce incertezze che si collocano pur sempre nell'alveo delle questioni classiche in materia causale. Eppure la «sostanziale pigrizia argomentativa» della sentenza della Cassazione che, su ricorso dell'imputato condannato nei primi due gradi di giudizio, ha deciso il caso con sentenza d'annullamento con rinvio, ha indotto a chiedersi «se questo disagio si traduca in un difetto di consapevolezza “dei propri mezzi” da parte del sistema penale (superabile con una maggiore attenzione e con un progressivo affinamento degli istituti tradizionali); o se, piuttosto, si sia in presenza di una vera e propria “crisi” del sistema penale stesso, dovuta all'insufficienza operativa delle classiche “categorie” sistematiche che orientano i criteri di imputazione dell'illecito»; ne è stata data una «lettura» nel secondo senso⁷⁷, per varie ragioni che mette conto considerare.

I punti deboli della decisione sono ravvisati sia sulla questione del nesso causale (A), sia sul modo di individuazione del responsabile all'interno della compagine societaria (B).

A) La Cassazione attribuisce efficacia eziologica autonoma ed esclusiva all'omissione della vittima, approccio che tradirebbe una confusione «fra i problemi propri della causalità e quelli pertinenti al terreno proprio della colpa»; quasi con un salto logico, inoltre, la condizione personale della vittima, esperto paracadutista, «costituisce il fulcro dell'imputazione di un obbligo di impedire l'evento in capo *alla stessa vittima*», configurando

altrui). V. in generale M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del delitto colposo*, 160 e nt. 166.

⁷⁶ Cass., IV, 16.4.1993, Puskas, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 352 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale?*, *ibid.*, 354 ss.

⁷⁷ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 356.

dunque a carico di quest'ultima un obbligo di neutralizzazione del rischio: incongruità d'impostazione che sarebbe spia d'un disagio «dinanzi alle emergenze poste da una problematica ... come quella della responsabilità del produttore». Quanto alla sovrapposizione fra causalità e colpa, essa si determinerebbe perché la Cassazione considera come causa sufficiente a produrre l'evento il fatto «colposo» della vittima, che ha omesso di azionare il paracadute di emergenza: la prossimità all'evento e la funzione di neutralizzazione rivestita dalla regola cautelare («se non ti funziona il paracadute principale apri il paracadute ausiliario») «determinerebbero [...] l'estromissione della condotta omissiva, ascrivibile alla ditta produttrice, dalla ricostruzione del nesso causale»⁷⁸. Una maggiore chiarezza sarebbe raggiunta, invece, ragionando nell'ottica del ruolo del 'rischio' nei meccanismi d'imputazione oggettiva dell'evento: «appare decisiva la valutazione del quesito relativo alla copertura del rischio tipico», distinguendo dunque tra «i rischi derivati dalla condotta del soggetto attivo e quelli scaturiti dal fatto (attivo o omissivo) della vittima». In tale ottica diventerebbe possibile chiarire adeguatamente che l'evento lesivo si è prodotto per effetto del rischio tipico, il rischio-base connaturato all'attività di lancio paracadutistico, non paralizzato dalla condotta doverosa, consistente nel vendere un paracadute in perfette condizioni di funzionalità (cioè privo di difetti che «accrescessero il rischio di base connaturato all'attività»), verificate anche mediante l'effettuazione della prova di carico a terra. Per contro, la predisposizione di un paracadute ausiliario non sarebbe funzionale a paralizzare i «rischi derivanti dalla difettosa fabbricazione del paracadute principale», ma soltanto i «rischi residuali che comunque sopravvivono alla sfera di rischio [...] principale coperto da un paracadute costruito a regola d'arte» (condizioni meteo avverse, deterioramento dei materiali per effetti straordinari, inceppamento puro e semplice). Sulla base di queste osservazioni, si conclude che la mancata rilevazione del difetto di fabbricazione ha accresciuto il rischio di base insito nell'attività di lancio e che l'evento è espressione proprio di quel rischio, «che il ricorso ad un'efficiente azione di controllo avrebbe potuto scongiurare»⁷⁹.

B) Quanto all'individuazione del soggetto responsabile all'interno dell'impresa, la Cassazione, sia pure con una motivazione non propriamente lineare⁸⁰, rileva che la responsabilità non poteva colpire il solo imputato (membro del consiglio di Presidenza della società e dirigente del settore marketing, ricerca e sviluppo), così stigmatizzando l'atteggiamento dei giudici di merito i quali, in presenza di lacune evidenti nell'accerta-

⁷⁸ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 362.

⁷⁹ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 364.

⁸⁰ Lo si è puntualmente rilevato in dottrina: C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 368.

mento della formazione delle decisioni aziendali, avevano «sposato una filosofia di *channeling* della responsabilità, cioè l'idea di *concentrar[la]* su *uno solo* dei diversi soggetti intervenuti nel processo produttivo».

L'analisi della pronuncia della Cassazione, così riassunta per sommi capi, ha indubbiamente il merito di aver contribuito a portare all'attenzione della dottrina italiana un campo pressoché inesplorato⁸¹; essa tuttavia non pare del tutto convincente.

AA) Quanto all'accertamento del nesso causale, non v'è dubbio che la posizione della Corte di cassazione sia difficilmente sostenibile, nella parte in cui sembra addossare alla vittima un onere di paralizzare i fattori di rischio⁸². Quand'anche il mancato azionamento del paracadute ausiliario fosse stato dovuto non a concitazione e sconcerto, ma ad un normalissimo errore di valutazione sulla necessità di effettuare quell'operazione, non ne deriverebbe per ciò stesso l'esclusione della rilevanza concausale della condotta di *fornitura di un paracadute difettoso*. La conclusione potrebbe apparire addirittura ovvia sottolineando la natura attiva della condotta del fornitore: essa non consisterebbe nell'omessa rilevazione del difetto, ma – appunto – nella consegna del paracadute difettoso.

Ora, la lettura critica dell'impostazione giurisprudenziale, in termini di rischio (cioè: mancata rilevazione del difetto di fabbricazione come accrescimento del rischio di base insito nell'attività di lancio), può forse, da questo punto di vista, apparire inutile, perché non consente d'evidenziare questa impropria conversione della condotta attiva in omissiva. Ma potrebbe rivelarsi anche fuorviante, perché finisce – in termini specularmente opposti a quelli rimproverati alla Cassazione, di giudicare la causalità con i parametri della colpa – con l'appiattare il giudizio di colpa su quello di causalità. Ed infatti, tale lettura porta a ritenere parimenti decisiva, per l'uno e l'altro giudizio, «la valutazione del quesito relativo alla copertura del rischio tipico»⁸³.

Con l'impostazione in termini di 'rischio', d'altronde, si produce anche un'indebita semplificazione dei problemi sul tappeto, sovrapponendo schemi dottrinali alla reale natura delle questioni dibattute. Ed infatti, si prescinde pure dalla collocazione sistematica della mancata rilevazione del difetto occulto, o meglio dell'omesso controllo, e si concentra l'attenzione sulla contestazione mossa alla società produttrice del paraca-

⁸¹ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 358.

⁸² Sulla questione generale del contributo della vittima al fatto colposo commesso da terzi a suo danno cfr., nella dottrina italiana, O. DI GIOVINE, *op. cit.*

⁸³ «La condotta [...] di omesso controllo è da reputare corrispondente alla condotta tipica disegnata dalle regole di diligenza positivizzate per prevenire una classe di pericoli e l'evento lesivo va considerato la realizzazione di quel rischio che la norma cautelare mirava ad evitare»: C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 365 (corsivo in originale).

dute: essa s'impenna su una condotta omissiva – omesso controllo del paracadute a terra – e sull'efficacia causale dell'omissione. Si tratta di due aspetti che, ad ogni modo (*cioè: sempre indipendentemente dalla collocazione sistematica*)⁸⁴, vanno tenuti distinti:

(a) Quanto al primo aspetto (tipo di condotta contestata), appare essenziale stabilire quale sia effettivamente la condotta doverosa che si deve esigere dalla ditta che fornisce il prodotto, indipendentemente – lo si ribadisce – dal fatto che la si intenda, dal punto di vista dogmatico, come contenuto di una posizione di garanzia o come regola cautelare cui il fornitore deve attenersi. A ben vedere, è proprio già su questo aspetto che la prassi (sia nel giudizio, sia nell'impostazione delle indagini e dell'accusa) manifesta le prime incertezze. Dal resoconto in fatto della Cassazione⁸⁵ si ricava che il ricorrente si lamentava della violazione del principio di correlazione fra accusa e sentenza, in quanto «mentre gli era stato contestato l'omesso collaudo specifico del paracadute, era stato poi condannato per l'omesso collaudo a terra dello stesso», quando risultava, d'altronde, che quest'ultimo non fosse previsto contrattualmente come forma garantita di controllo⁸⁶; risultava pure che nessun controllo di qualità fosse stato eseguito da parte della società costruttrice del componente difettoso.

A questo punto, il vero problema – preliminare ed essenziale – sembra risiedere e specificarsi nei seguenti interrogativi:

- qual è il contenuto dell'obbligo giuridico che fa capo all'impresa venditrice (del paracadute)?
- E prima ancora, qual è il contenuto dell'obbligo che fa capo alla società produttrice (del componente difettoso)?
- Il rapporto contrattuale tra venditore ed utilizzatore è rilevante, ed in caso positivo entro quali limiti, nel determinare il contenuto della posizione di garanzia (o della regola cautelare)?
- E infine, la circostanza della mancata esecuzione del controllo da parte della ditta fornitrice del componente influisce sul contenuto dell'obbligo della venditrice «finale»? E quale ruolo gioca, in ogni caso, la conoscenza, da parte di quest'ultima, di tale circostanza?

Una prima, reale lacuna dell'approccio giurisprudenziale (a partire dalle indagini, fino alla sentenza della Cassazione), sembrerebbe dunque essere rappresentata da un mancato approfondimento del contenuto

⁸⁴ Se, ad es., si trattasse di un profilo attinente al giudizio di colpa, si potrebbe parlare di 'causalità della colpa', vale a dire di pertinenza dell'evento verificato a quello che la regola cautelare che impone il controllo tendeva ad evitare.

⁸⁵ Non disponiamo personalmente delle sentenze di merito, tuttavia note a C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit.

⁸⁶ Informazione, questa, che si ricava da C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 356.

dell'obbligo di controllo. Sia qui sufficiente averlo segnalato, senza adentrarci nel merito della discussione sul punto.

Sulla base di quanto poc'anzi osservato, tuttavia, sembra opportuna un'ulteriore osservazione in merito al rimprovero mosso alla Corte di sovrapporre i criteri di accertamento della colpa a quelli della causalità⁸⁷. Tale rimprovero – agevolato invero dalla più volte rilevata laconicità della sentenza – sembra sottovalutare un'informazione non trascurabile: la legislazione americana (e, verosimilmente, anche quella italiana) «prevedeva non un obbligo di specifico collaudo, ma un'ispezione viva e dimensionale e questa era stata fatta come dal relativo certificato»⁸⁸. Muovendo dunque dai seguenti presupposti:

- i. dell'adempimento dell'obbligo di controllo (e dovendosi pertanto escludere la carenza nel sistema di controllo)⁸⁹;
- ii. del carattere occulto del vizio, e
- iii. della realizzazione di un antecedente causale, rappresentato pur sempre dalla fornitura di un paracadute difettoso,

sembrirebbe inevitabile riconoscere che la responsabilità del fornitore si misura sul terreno della colpevolezza. Il torto della Cassazione sarebbe dunque – all'opposto di quanto ritenuto in dottrina – eventualmente quello di sovrapporre la causalità alla colpa, di esprimersi cioè in termini causali su un problema che investe invece, più propriamente, il giudizio di colpevolezza.

(b) Quanto al secondo aspetto (efficacia causale dell'omissione o 'causalità della colpa'), è in questa sede che propriamente si pone la questione del ruolo della vittima e dunque dell'identificazione e della rispettiva ponderazione dei fattori causali. Va precisato, però, che dal punto di vista causale (naturalistico) non rilevano tanto né l'esistenza, né il contenuto dell'obbligo di controllo, quanto il fatto 'materiale' dell'aver fornito – o, se si vuole, del non aver rilevato *di fatto* – un paracadute difettoso. In tal senso, finisce con il risultare superfluo anche in questo caso un approccio in termini di dogmatica del rischio, volto a «distinguere tra i rischi derivanti dalla condotta del *soggetto attivo* e quelli scaturiti dal fatto [...] della *vittima*»⁹⁰: come si è detto, non v'è dubbio che l'evento sarà necessariamente da imputare al fornitore se l'omissione del controllo si sia rivelata, in concreto, elemento della serie causale. *Nulla quaestio*, allora, sul fatto che la mancata rilevazione del difetto abbia costituito condizione

⁸⁷ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 358.

⁸⁸ Cass., IV, 16.4.1993, Puskas, *loc. cit.*, 353.

⁸⁹ *Contra*, C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 364.

⁹⁰ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 363.

dell'evento; il problema si sposta sulla legittimità del valutare ai fini del giudizio causale la condotta della vittima. Ora, se si esclude alla radice, in capo a quest'ultima, l'esistenza di un obbligo (*rectius*, onere) d'impe- dire l'evento, la relativa condotta è del tutto irrilevante, e non si pone neppure un problema di concorso di fattori causali *ex art.* 41 c.p.

Anche da questo punto di vista, al fine di riconoscere l'erroneità della posizione della Cassazione ed impostare correttamente il tema, non pare comunque necessario ragionare in termini di comparazione delle sfere di rischio. Con ciò non si nega l'importanza, nel caso di specie, del tema della funzione – rispetto al rischio del lancio – del paracadute ausiliario; ma sul punto sembra comunque necessaria una precisazione. Anche ammesso che la funzione fosse quella di coprire tutti i rischi, compreso quello da difettosa fabbricazione del paracadute principale, ciò non varrebbe affatto a configurare in capo alla vittima un onere di neutralizzazione del rischio, e sarebbe un dato addirittura del tutto irrilevante perché non consentirebbe di escludere la circostanza di fatto della fornitura del prodotto difettoso.

Si potrebbe osservare, tuttavia, che il senso profondo della posizione espressa dalla Cassazione risieda, in definitiva, proprio nel dubbio sulla valutazione giuridica della mancata rilevazione del difetto *nel contesto della specifica attività* svolta dalla vittima. La Corte ricorda che il paracadutista «doveva provare il tipo di paracadute acquistato dalla Paraflyte, la quale era tenuta a garantire la sua perfetta funzionalità, per espresso obbligo assunto». Si trattava dunque non già di un'attività aviolancistica generica, ma, all'interno di essa, di una specifica attività di «prova del paracadute», rispetto alla quale – sembrerebbe ritenere la Corte in modo implicito e, per così dire, irriflesso – lo stesso ruolo del paracadute ausiliario finisce con l'essere non già residuale, ma, per così dire, comprimario; insomma, il rischio-base dell'attività si dilaterrebbe fino a comprendere ogni causa di malfunzionamento (non doloso). D'altronde, la questione dei rischi coperti dal paracadute ausiliario è obiettivamente meno univoca di quanto non possa apparire a prima vista. Fra quelli legittimamente coperti da tale strumento sono infatti menzionati quelli d'inceppamento e deterioramento improvviso del materiale, che ben potrebbero essere ricondotti, nelle contingenze dei casi della vita, proprio a responsabilità di un produttore. In tal senso, non si può escludere che il paracadute ausiliario – soprattutto quando utilizzato in un lancio di prova del paracadute principale – possieda non già una funzione meramente residuale, bensì cofunzionale al governo dello stesso rischio-base di quella specifica attività di prova. Quest'ordine di idee spiegherebbe il peso attribuito dai giudici di legittimità all'esperienza del paracadutista, ma soprattutto al fatto che «era stato proprio [egli] chiamato a provare quel nuovo tipo di paracadute e si era determinato al lancio, dopo averlo esaminato par-

ticolarmente e di avere scambiato impressione con i tecnici»⁹¹. In buona sostanza, dietro l'equivoco velo della «questione concausale» la Cassazione sembra esprimere un giudizio nel senso che la condotta omissiva del produttore possa aver rappresentato naturalisticamente un antecedente dell'evento, ma non sia giuridicamente imputabile *ex art. 40 cpv.* perché il contenuto dell'obbligo di copertura del rischio connesso a quella specifica attività è, nella sua massima dilatazione, rappresentato dalla fornitura in dotazione del paracadute ausiliario⁹².

Come che sia di questa interpretazione, si può qui aggiungere che ragionare in termini di confronto fra tipologie di rischio può portare a conclusioni discutibili, perché equivoche o non coerenti. Può risultare equivoco, ad esempio, affermare che la mancata rilevazione del difetto di fabbricazione «ha accresciuto il rischio» di base del lancio. In realtà, se quel rischio di base è in sé lecito, l'omissione invece determina l'insorgere di un rischio qualitativamente diverso da quello precedente, perché illecito. E può risultare incoerente leggere la sentenza della Cassazione come se riconoscesse in capo alla vittima un atteggiamento tecnicamente colposo, su questa base rimproverando ai giudici di essersi limitati all'aspetto della *cd. misura oggettiva* (inosservanza della regola cautelare), del tutto trascurando la *misura soggettiva*, cioè il «grado di «potere» della vittima nella situazione concreta in cui ha operato»⁹³. E infatti: (i) o il rischio attivato (lanciandosi) o non impedito (non aprendo l'ausiliario) dalla condotta della vittima non è lo stesso rischio attivato dalla condotta inosservante, perché non è un rischio illecito; dunque non ha senso che sia oggetto di un rimprovero a titolo di colpa; oppure (ii) anche ammesso che il rischio che la condotta della vittima non neutralizza sia lo stesso rischio illecito attivato dalla condotta inosservante, la prima non è in nessun modo in se stessa illecita, e dunque ancora una volta non ha nessun senso predicarne il carattere colposo, ed esigere, 'fuori tema', una congrua ricerca, in essa, degli elementi di questo coefficiente di imputazione.

BB) Quanto all'aspetto dell'individuazione delle responsabilità penali all'interno dell'impresa, ci limiteremo qui, dato che si tratta di area tematica ampiamente trattata in altri contributi pubblicati in questo volume⁹⁴, ad un fugace accenno. Come si è accennato, la Corte censura l'individuazione esclusiva dell'imputato come responsabile per il fatto, anche sulla base della circostanza che la sua posizione al vertice della società

⁹¹ Cass., IV, 16.4.1993, Puskas, *loc. cit.*, 354.

⁹² Oltre che, ovviamente, dall'adempimento degli obblighi di verifica.

⁹³ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 366.

⁹⁴ Cfr. in partic. i lavori di M. Pelissero e A. Rossi Vannini.

non sarebbe stata provata adeguatamente. A parte altre questioni emergenti sul punto dalla specificità del caso⁹⁵, va preso nota della difficoltà dei magistrati di fronte all'«organizzazione complessa»: si è opportunamente stigmatizzata la grave lacunosità delle indagini circa la formazione del processo decisionale sia all'interno della ditta intermedia (della quale neppure era stato acquisito l'organigramma)⁹⁶, sia nei rapporti fra ditta intermedia e quella fornitrice del componente difettoso. In questo caso, accanto alla valutazione dogmatica a carattere generalizzante (relativa alla «disfunzionalità fra la fenomenologia del danno da prodotto e l'istituto della partecipazione plurisoggettiva»⁹⁷ – per la quale, in verità, il caso di specie non fornisce agganci argomentativi particolarmente pregnanti – potrebbero essere avanzate anche ipotesi, se si vuole di basso profilo, ma non del tutto implausibili: *forse*, cioè, si tratta soltanto di superficialità – oppure difficoltà «ambientale» nell'acquisizione di prove all'interno di una struttura militare (non solo periferica, ma anche centrale: le forniture sono decise a livello di Stato Maggiore). Un problema, questo, emerso anche nel cd. processo Loi, pure relativo ad incidenti occorsi durante attività aviolancistica (*infra*, II.3).

3. Caso del paracadute, del moschettone e dello spinotto

In questo caso si trattava dell'introduzione di una nuova tecnica di aviolancio per i lanci militari cd. vincolati, dopo l'introduzione della quale si verificarono alcune morti di paracadutisti, parte in volo (per effetto di strozzamento con la fune di vincolo) ed uno per precipitazione a terra, a causa del distacco del moschettone dal cavo statico posto all'interno della carlinga del velivolo.

Si tratta, se è consentito il bisticcio, di un caso 'occulto' di responsabilità da prodotto per difetto occulto di fabbricazione: tale sentenza, in effetti, su una nota rivista giuridica è stata pubblicata solo in parte⁹⁸, rela-

⁹⁵ Sulle quali si rinvia ai puntuali rilievi di C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 368.

⁹⁶ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 369.

⁹⁷ C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 370.

⁹⁸ Dal punto di vista metodologico non è inopportuno segnalare i limiti *materiali* innanzi tutto della conoscenza, e quindi della successiva analisi teorica, delle posizioni giurisprudenziali quando non accompagnate dalla disponibilità integrale delle fonti: che dovrebbe estendersi all'intera storia processuale, ed essere dunque regolarmente comprensiva del capo d'imputazione (non sempre perspicuamente desumibile dalla parte in fatto delle sentenze di merito o di legittimità), delle eventuali vicende cautelari, dei gradi di merito e di quello di legittimità, comprese le vicende successive all'eventuale annullamento con rinvio. Nella vicenda in discorso, ad esempio, come del resto abbiamo notato a proposito del caso dell'elettrocoperta (e pure in quello del collaudo) la complessità dei problemi dibattuti in relazione all'identificazione delle regole cautelari

tivamente a due episodi di decesso (quelli accaduti in volo) rispetto ai quali era comunque evidente la dimensione centrale del problema causale⁹⁹. Dimensione, peraltro, centrale anche rispetto al decesso per precipitazione a terra; per quest'ultimo, la contestazione allegava che «il moschettone presenta[sse] un difetto nel bottone d'arresto della slitta», oltre al fatto che fosse stato utilizzato uno spinotto di cd. sicurezza¹⁰⁰ costruito con materiale non regolamentare, cioè non conforme (per materiale e dimensioni) ai disegni tecnici forniti alle autorità militari dalla ditta fornitrice del paracadute. Nel caso di specie, si trattava di stabilire sia se il prodotto¹⁰¹ fosse o meno difettoso, sia se quel difetto specifico fosse stato effettivamente causale rispetto all'evento; su questa discussione, poi, si erano innestati – con riferimento alla funzione astratta e concreta dello spinotto – il tema dell'inesistenza di una regola cautelare, ovvero della sua non conoscibilità, passando per la prova dell'inutilità del comportamento alternativo lecito¹⁰² – di particolare complessità perché realizzabile, nel caso di specie, soltanto in sede di controesame dei periti del giudice *mentre questi costruivano la 'legge' del caso concreto in sede dibattimentale*.

In sostanza, le difese avevano cercato di mostrare che lo spinotto non poteva avere una funzione di sicurezza diversa da quella meramente visiva, e comunque che – anche in presenza di uno spinotto costruito a regola d'arte – esso non avrebbe potuto impedire il distacco del moschettone una volta che questo si fosse aperto, data l'intensità delle forze in campo (misurata, in particolare, in base alla tensione superficiale del materiale all'atto dell'apertura a strappo del paracadute)¹⁰³.

può essere adeguatamente còlta soltanto *per omnes tabulas*. Al discorso *sulla* giurisprudenza dovrebbero essere idealmente applicate le regole dell'indagine storica d'archivio (edizione di tutti gli atti del processo: problemi 'dimensionali' potrebbero essere non difficilmente risolti con le tecniche di informatizzazione; il che del resto è avvenuto ad es. per il cd. processo del Petrolchimico di Porto Marghera); ed infine, con lo storico Carlo Ginzburg: «Interpretare i documenti processuali è difficile: ci vuole orecchio, ci vuole tatto, ci vuole anche (e questo è raro) buon senso».

⁹⁹ Cass., IV, 15.10.2002, Loi, in *Cass. pen.*, 2004, m. 767, con nota di R. BLAIOTTA, *Incidenti da aviolancio, problemi causali nuovi, attività rischiose*, in *Cass. pen.*, 2004, 2375 ss.

¹⁰⁰ Destinato a costituire un'«ultima spiaggia» in caso di esclusione del bottone.

¹⁰¹ Qui il moschettone.

¹⁰² In tema, di recente, DE VERO, *Disvalore d'azione e imputazione dell'evento in un'aggiornata costruzione separata dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1487 ss., partic. 1500-1513.

¹⁰³ Argomento respinto dalla Cassazione sulla base dell'affermazione del giudice di primo grado, il quale per un verso aderiva alle conclusioni peritali nel senso che l'uso del materiale regolamentare «avrebbe sopportato i carichi liberati dal malfunzionamento del bottone», per altro verso concludeva che lo spinotto non potesse avere funzione di sicurezza, per una lunga serie di ragioni peraltro considerate inattendibili dalla Cassazione. Il fatto è che l'incertezza del primo giudice derivava proprio dall'esito dell'escussione dibattimentale dei periti, i quali avevano ammesso l'esistenza, in fase di lancio, di carichi incompatibili con la tensione superficiale dello spinotto regolamentare. Di questa di-

Uno dei temi centrali del processo è stato quello dell'emersione «di un problema causale nuovo, nel quale cioè non vi è disponibilità di preesistenti conoscenze che consentano di inquadrarlo in modo sicuro»¹⁰⁴. In questo caso, la conoscenza causale si acquisisce in dibattimento. Tuttavia non è dubbio che la scansione logica sottesa alla «tradizionale» dogmatica della colpa non soltanto non appare disfunzionale rispetto al giudizio di imputazione, ma, distinguendo concettualmente i momenti del giudizio, si rivela particolarmente perspicua nell'aiutare a dipanare una matassa oggettivamente intricata. Discutendo dell'imputazione colposa in relazione all'incidente per precipitazione (la parte di sentenza non pubblicata nella rivista di cui sopra), ad esempio, la Corte precisa che:

- a) quanto all'*identificazione delle regole cautelari*, esse «non consistono soltanto in regole normativamente disciplinate o in pareri, ordini, discipline ecc. ma altresì, nel caso in cui tali prescrizioni difettino, nelle istruzioni che fornisca il costruttore, nei disegni tecnici e nelle modalità d'uso che accompagnano il prodotto venduto, nelle eventuali modalità di utilizzazione che il venditore impartisca (anche verbalmente) all'acquirente»; e questo sul presupposto che il costruttore stesso «abbia sottoposto il congegno alle necessarie verifiche (e salvo che l'acquirente intenda compierne di maggiormente approfondite) [...] È quindi in colpa (generica) l'utilizzatore di uno strumento che palesemente violi le regole di utilizzazione fornite dal costruttore tanto più se non abbia proceduto ad alcuna verifica sperimentale sulla sicurezza delle diverse modalità di utilizzazione»;
- b) quanto al giudizio di *prevedibilità dell'evento* mediante l'osservanza della regola cautelare, è precisato che «il giudizio di prevedibilità va effettuato con l'utilizzazione degli elementi di conoscenza a disposizione dell'agente al momento della sua condotta e non in base a quelli che in tale momento non erano conosciuti o conoscibili (che semmai possono essere utilizzati ai fini dell'accertamento dell'esistenza del rapporto di causalità)»¹⁰⁵;
- c) in caso di *dubbio sulla funzione cautelare* o meno di un determinato strumento, «l'agente deve optare per la scelta che può risolversi nell'introduzione di una ulteriore garanzia della sicurezza della persona e non per quella che questa ipotetica garanzia esclude»;
- d) l'*ignoranza incolpevole sull'esistenza della regola cautelare* esclude la colpa.

scussione (documentabile soltanto in base alle trascrizioni d'udienza) non v'è purtroppo alcuna traccia nella sentenza della Cassazione, come non vi è, se non indirettamente riflessa nella contraddittorietà della motivazione, nella sentenza di merito.

¹⁰⁴ R. BLAIOTTA, *op. cit.*, 2376.

¹⁰⁵ Sulla questione cfr. le riflessioni dogmatiche generali di D. PULITANÒ, *La colpa*, cit., nonché la rimediazione di DE VERO, *loc. cit.*

Orbene, quanto al punto (a), dalla precisazione della Corte si può ricavare, *a contrario*, che nel caso in cui le regole di utilizzazione siano rispettate, e si verifichi tuttavia il danno, è giocoforza ipotizzare *sempre* l'eventuale responsabilità del costruttore, del progettista, ecc., con il che si ripropongono inevitabilmente i problemi di identificazione delle responsabilità all'interno di strutture complesse¹⁰⁶; quanto al punto (b), la prospettiva *ex ante* distingue nettamente il giudizio di colpa da quello di causalità; quanto al punto (d), la Corte afferma la correttezza della formula assolutoria «perché il fatto non costituisce reato» per il caso in cui nessun rimprovero a titolo di colpa sia possibile muovere perché al soggetto agente non è rimproverabile l'ignoranza dell'esistenza della regola cautelare.

Si accennava più sopra, in termini generali, che la scansione concettuale dei momenti del giudizio di colpa sembra costituire valido supporto anche in un caso come questo, che certo appartiene ai «casi difficili» (o non appartiene a quelli «facili», di *routine*). Di particolare interesse, qui, è osservare che nel passaggio da (a) a (b), dal momento di identificazione della regola a quello di prevedibilità dell'evento, se questo secondo giudizio è effettuato in una prospettiva *ex ante*, è giocoforza concludere che anche la regola cautelare debba essere determinata con riferimento al momento in cui l'agente opera; ciò pone problemi proprio in quei casi nei quali la natura cautelare di una regola è chiarita (dunque determinata) in sede processuale. Certamente la Corte ha buon gioco nell'affermare che anche solo il dubbio sulla funzione cautelare non esclude la colpa; ma, così ragionando, si dovrebbe porre sul campo almeno in termini problematici la rilevanza non solo dell'ignoranza incolpevole ma anche dell'errore (incolpevole).

4. Caso della caldaia

Il caso¹⁰⁷ concerne la morte di un uomo a causa dell'ossido di carbonio sprigionatosi da una caldaia affetta da vizi strutturali e di installazione, nonché oggetto d'incuria per difetto di manutenzione ordinaria (pulizia) e straordinaria (relativamente all'irregolare taratura dell'afflusso di gas). Rispetto a questa vicenda, e sul presupposto che si tratti di un caso non particolarmente complesso, in dottrina sono state segnalate – a parte il non secondario fatto che «neppure in tale circostanza sia stata

¹⁰⁶ Problemi che, nel caso di specie, sarebbero stati viepiù complicati dal fatto che i vari componenti l'attrezzatura di lancio erano prodotti da più ditte, e forse non tutte identificabili.

¹⁰⁷ Cass., IV, 30.9.1997, Valleri, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1519, con nota di P. PIRAS; cfr. anche specificamente A. BERNARDI, *op. cit.*, 37 ss.

evitata una deprecabile altalena di assoluzioni e di condanne»¹⁰⁸ – talune incongruenze nella motivazione della Corte di cassazione (l'unica edita: sul punto cfr. quanto osservato *supra*, II.3), incongruenze peraltro non incidenti sulla sostanziale correttezza della soluzione adottata: confusione fra condotta attiva e condotta omissiva (se attiva è sicuramente quella dell'installatore, non lo è però quella del locatore, il quale risponde evidentemente per omessa manutenzione straordinaria); indistinto accorpamento delle posizioni dell'installatore e del locatore; conseguente violazione del principio di correlazione fra accusa e sentenza (la contestazione concerneva, a quanto è dato capire dalle informazioni riferite dai commentatori, l'aver locato l'immobile senza aver prima verificato il corretto funzionamento della caldaia, mentre la condanna concerne l'aver installato, o meglio concorso nell'installare la caldaia non a regola d'arte ed in ambiente inadatto, con violazione delle relative norme tecniche)¹⁰⁹; laconicità della motivazione in punto di elemento soggettivo.

Muovendo dunque dall'analisi dell'elemento oggettivo, si può rilevare come la confusione fra condotta attiva ed omissiva – che in tema di accertamento del nesso di causalità nel caso concreto appare priva di conseguenze pratiche – parrebbe radicarsi in un'incertezza di fondo, relativa, a ben vedere, proprio all'ambito della posizione di garanzia, o meglio al tipo di posizioni di garanzia rilevanti in una situazione di locazione. I giudici finiscono con l'affermare implicitamente, in effetti, che il locatore è titolare di una duplice posizione di garanzia: come 'proprietario *tout court*', di un obbligo d'installazione a regola d'arte; come 'proprietario-locatore', dell'obbligo di consegnare l'immobile in buono stato di manutenzione (art. 1575 c.c.) e comunque – anche ammessa la natura non cautelare di questo – di quello di manutenzione straordinaria. Il primo obbligo, in sostanza, finisce con l'essere operativo solo nel momento in cui l'immobile diviene fonte di pericolo per terzi soggetti (che del resto potrebbero essere anche gli altri occupanti di uno stabile condominiale).

Si tratta di un'ambivalenza, nella definizione del presupposto dell'obbligo *ex art. 40 cpv.*, che nasce dal ricorrente equivoco che deriva dalla 'forza attrattiva' indebitamente esercitata sulla condotta attiva da parte del paradigma omissivo: al limite il proprietario concorre nell'installazione, ma questa parte della condotta non può che essere considerata attiva e non già omissiva; d'altra parte, proprio quell'ambivalenza può render ragione della condanna per una condotta aggiuntiva (installazione) ma – nella prospettiva dei giudici – non 'diversa' bensì idealmente accomunata all'altra quale espressione di una globale posizione di garanzia. So-

¹⁰⁸ A. BERNARDI, *op. cit.*, 39.

¹⁰⁹ Rimprovero che viene mosso, sotto questo profilo, anche alla sentenza della Corte d'Appello: P. PIRAS, *loc. cit.*

lo su questa base potrebbe essere esclusa una violazione del principio di correlazione *ex art.* 521 c.p.p.¹¹⁰, se – in altri termini – si consideri che la posizione di garanzia del locatore vada costruita nei termini del controllo di tutte le fonti di pericolo dell'immobile locato¹¹¹, obbligo che, per così dire, assorbe quello di installazione 'a norma'.

Si può ribadire, ad ogni modo, che l'aspetto dell'esatta identificazione della condotta penalmente rilevante nel contesto del rapporto proprietario-inquilino è tema che ovviamente rileva già in sede di fattispecie oggettiva, prima ancora che come elemento del rimprovero di colpa (sotto il profilo della esigibilità della condotta di manutenzione dal «locatore modello»)¹¹².

Quanto all'efficienza causale delle condotte, *nulla quaestio* per quella dell'installatore; per quanto riguarda la posizione del locatore, appare decisiva la circostanza di fatto che, sempre in base alle circostanze peritali, la caldaia non fosse stata pulita da epoca antecedente il rapporto di locazione, in ciò annidandosi l'efficacia sicuramente concausale della condotta. In Cassazione l'aspetto discusso – evidentemente in ragione del tenore del ricorso – sembra essere stato quello della natura eccezionale o meno, o comunque del carattere di causa da sola sufficiente a cagionare l'evento, della sopravvenuta incuria del locatario nella manutenzione della caldaia. Così posta la questione, era giocoforza riconoscere l'errore di una simile prospettiva (ed è dunque comprensibile la stringatezza della motivazione: cfr., del resto, l'art. 544 c.p.p., forse troppo negletto nella dottrina 'sostanzialistica')¹¹³, e ciò indipendentemente dall'accettazione di 'causa da sola sufficiente'¹¹⁴.

Una diversa soluzione avrebbe potuto essere ricercata, quanto al locatore, soltanto nel caso in cui fosse risultata almeno l'effettuazione della pulizia in prossimità dell'inizio della locazione. In quest'ipotesi, la prospettazione in termini di eccezionalità del decorso causale si sarebbe rivelata un modo improprio per porre il tema dell'esclusione *tout court* dell'efficienza causale della condotta del locatore; oppure per affrontare la diversa questione della sussistenza dell'elemento soggettivo e cioè con riferimento all'esigibilità dell'osservanza della regola cautelare da parte del locatore stesso. Su quest'ultimo aspetto del rimprovero di colpa

¹¹⁰ D'altronde, è noto che la Corte di Cassazione ha, sul tema, una posizione alquanto rigida, escludendo pressoché sistematicamente la violazione del principio sulla base del *refrain* che la violazione non sussiste se la condotta era adeguatamente descritta nel capo d'imputazione.

¹¹¹ Muri insicuri, circuiti elettrici, lampadari instabili – come ricorda l'annotatore della sentenza – e certo anche impianti di riscaldamento non a norma.

¹¹² Riferisce invece questa valutazione esclusivamente alla sfera del giudizio di colpa P. PIRAS, *loc. cit.*

¹¹³ Il quale notoriamente richiede, in materia di redazione della sentenza, una «*conclusa* esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata».

¹¹⁴ Cfr. ora G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, 2008, 225 ss. e partic. 228-231.

torneremo tra poco. Quanto al primo aspetto, va ricordato che i periti avevano accertato che «la quantità di ossido di carbonio era nettamente minore dopo aver pulito la caldaia, ed era divenuta inapprezzabile dopo aver proceduto alla taratura dell'afflusso del gas»¹¹⁵. Su questa base, appare evidente che l'evento, come *hic et nunc* verificatosi, non sarebbe riconducibile all'omessa pulizia del locatore.

Quanto all'elemento soggettivo, l'esistenza della colpa appare incontestabile, il che può rendere ragione della (pur sempre eccessiva) laconicità della motivazione anche relativamente a questo aspetto; soluzione che, del resto, ha trovato adesione in dottrina¹¹⁶.

Tuttavia, non pare inutile precisare che la pacificità della soluzione dipende proprio, ancora una volta (v. II.4), da una *circostanza di fatto* (l'omessa pulizia della caldaia prima dell'inizio della locazione, senz'altro imputabile a colpa); in effetti, quanto al diverso profilo di colpa consistente nell'omessa taratura dell'afflusso di gas, non sembra che la condotta osservante della regola cautelare sia anche concretamente esigibile allorché non siano conosciuti i presupposti di fatto in presenza dei quali essa è destinata ad operare. In questo, la vicenda esibisce *mutatis mutandis* la stessa problematica di cui al caso precedentemente considerato (*supra*, II.3).

Sulla base di questa ricostruzione della vicenda, non sembra infondato sostenere che i problemi dell'imputazione oggettiva e soggettiva non presentino peculiarità assolutamente insormontabili con un congruo uso delle categorie familiari alla dogmatica penalistica.

In tal senso, appare in certa misura eccessivo dedurne conclusioni «sconfortanti», motivate dal fatto che «nel settore qui considerato, i criteri utilizzati di volta in volta per l'accertamento del nesso causale, del soggetto responsabile e della di lui colpevolezza si sono finora dimostrati incapaci di offrire risposte convincenti e tra loro coerenti», e ciò, quanto al nesso causale, per «la contemporanea coesistenza di molteplici criteri incapaci, nel loro complesso, di offrire una regola sufficientemente precisa»; quanto all'imputazione soggettiva ed all'identificazione dei soggetti responsabili, per l'utilizzo di criteri «in modo manifestamente pragmatico e «anticoncettualistico», in quanto largamente condizionato da contingenti considerazioni finalistiche capaci di suggerire implicitamente, di volta in volta, il criterio preferibile in base al risultato ultimo verosimilmente «voluto» dal singolo giudice perché da questi intuitivamente avvertito come il più giusto nell'ottica da lui di volta in volta privilegiata»¹¹⁷.

A volte sembra che taluni problemi si annidino, piuttosto, nell'evolversi di certi pigri 'automatismi' nella decisione di casi che possono apparire sem-

¹¹⁵ Così ci informa dei fatti P. PIRAS, *op. cit.*

¹¹⁶ A. BERNARDI, *op. cit.*, 39-40.

¹¹⁷ A. BERNARDI, *op. cit.*, 40-41.

plici o ripetitivi, dunque in un certo irrigidimento burocratizzato nell'amministrazione della giustizia. Ma a parte questo rilievo, che meriterebbe d'essere documentato con ben altri riscontri ed argomentato su base ben più consistente che una sensazione puramente evocativa, non v'è dubbio che i meccanismi di accertamento del nesso causale e di verifica delle condizioni dell'imputazione colposa siano ordinariamente soggetti a tensioni che però né sono caratteristiche esclusive dell'ambito della responsabilità da prodotto, né sembrano espressive dell'inidoneità radicale del sistema penale a governarlo, o della irreversibile crisi strutturale delle sue categorie.

5. *Caso del caminetto*

Si tratta d'un caso di incendio colposo d'una villetta cagionato dalla combustione di travi in legno attinte dal calore di un caminetto, resa possibile sia da difetti di costruzione della villetta (la canna fumaria non fuoriusciva all'esterno, arrestandosi all'interno della controcanna; quest'ultima intersecava la trave maestra e un trave della capriata del tetto) sia, appunto, dall'installazione del caminetto. Sono condannati – questa volta, in tutti i gradi di giudizio – sia il costruttore, sia l'installatore (il legale rappresentante della ditta di installazione).

Anche in questo caso sembra che ci si trovi di fronte ad una indebita commistione tra condotta attiva ed omissiva, che si propaga mediante una pedissequa formulazione della massima¹¹⁸. Sul presupposto – in sé condivisibile – che l'installatore di un caminetto deve, prima di operare, controllare tutte le situazioni che avrebbero garantito una sicura attivazione dello stesso, la Corte respinge la doglianza del ricorrente in ordine ai limiti di esigibilità di questa verifica con un'argomentazione che trasforma quell'obbligo di controllo – per ragioni di prudenza nell'agire – in un obbligo di controllo inteso quale contenuto di una posizione di garanzia del tipo di quelle che fondano la rilevanza causale dell'omissione. Ragionando in termini di posizione di garanzia (anche) dell'installatore i giudici non hanno dubbi: essa «non è limitata al mero accertamento della sua funzionalità ma si estende ad una verifica complessiva della struttura in cui l'impianto è inserito con l'obbligo di controllo [...] dell'assenza di situazioni di pericolo ricollegabili comunque al suo funzionamento [...] a meno che questa verifica com-

¹¹⁸ La massima suona in questi termini: «In tema di incendio colposo, la posizione di garanzia dell'installatore di un impianto di qualsiasi genere non è limitata al mero accertamento della sua funzionalità ma si estende ad una verifica complessiva della struttura in cui l'impianto è inserito con obbligo di controllo sia del funzionamento del medesimo sia dell'assenza di situazioni di pericolo ricollegabili comunque al suo funzionamento, a meno che questa verifica complessiva del sistema non sia stata affidata a terzi»: Cass., IV, 23.6.2004, Bergaminelli, in *Cass. pen.*, 2006, m. 135, 477 ss..

plensiva del sistema non sia stata affidata ad altri»¹¹⁹. Sennonché, si dovrebbe convenire sul fatto che installare un caminetto è condotta attiva, non già omissiva, e il problema della violazione di regole di prudenza trova la sua sede naturale nel giudizio di colpa: siamo di fronte non ad una questione di posizioni di garanzia, ma di elementi del giudizio di colpa. Ed infatti la censura dell'imputato ricorrente concerneva proprio il profilo della (in)esigibilità della condotta alternativa lecita o, più propriamente, dell'inesigibilità dell'osservanza della regola cautelare (verifica di tutte le fonti di pericolo anche quando il difetto di costruzione non fosse visibile ad un'ispezione esterna, se del caso mediante demolizione di un muro); censura nei cui confronti la Corte ha d'altronde buon gioco a replicare: (a) che l'obbligo di prudenza – diciamo: dell'installatore modello – si estende al controllo di tutte le fonti di pericolo, anche non evidenti; (b) che, anche ammesso un limite di esigibilità della condotta, *nel caso concreto* la colpa non poteva essere esclusa essendo stato accertato, in fatto, che la situazione di pericolo era agevolmente verificabile con un sopralluogo diligente dei locali.

Il reale oggetto di discussione nella sentenza non è dunque, come potrebbe apparire a prima vista, quello della definizione della posizione di garanzia (regola verbalizzata), bensì quello dell'identificazione della fonte e del contenuto della regola cautelare: ed il primo problema – secondo un ordine logico del tutto 'classico' – è quello di sapere se esistano o meno normative specifiche, ed allora si tratti di colpa specifica, oppure se si versi in caso di colpa generica, ciò che la Corte di Cassazione sembra dare qui per presupposto (diversamente da quanto accade per il caso di impianti alimentati a gas combustibile)¹²⁰. La correttezza della soluzione nel caso concreto non interessa in questa sede; è sufficiente rilevare come, in ogni caso, si tratti d'un accertamento che inevitabilmente grava sul giudice, al quale – in assenza di normative specifiche – compete il compito d'identificare le regole di condotta in base alla miglior scienza ed esperienza, secondo quanto comunemente ritenuto.

6. Il «caso Senna»

Si tratta di un caso di errore di fabbricazione, nel senso che l'esecuzione materiale del singolo pezzo di una vettura da corsa (piantone dello

¹¹⁹ Cass., IV, 23.6.2004, Bergaminelli, *loc. cit.*, 478.

¹²⁰ Simile obbligo è invece previsto in relazione ad apparecchi e impianti alimentati a gas combustibile: art. 3, L. 6.12.1971 n. 1083, in *GU* n. 320 del 20.12.1971. Con d.m. sono poi periodicamente adottate le norme tecniche relative (cfr. ad es. d.m. 26.3.2004 del Ministero Attività Produttive di «Pubblicazione del 20° gruppo di norme tecniche per la salvaguardia della sicurezza adottate ai sensi della legge 6 dicembre 1971, n. 1083, sulla sicurezza di impiego del gas combustibile»)

sterzo) fu realizzata in modo tale da determinare la rottura per fatica e conseguentemente l'evento lesivo finale¹²¹. In questo caso, la discussione relativa all'immutazione del fatto contestato¹²² è fondamentale, come correttamente rilevato in dottrina, perché in essa si riconosce la veste processuale d'una questione, preliminare e decisiva, relativa all'identificazione sia della natura della regola (se cioè la regola abbia natura cautelare), sia del tipo di regola (rispetto a quali eventi si apprezzi la cautela e quindi quali condotte essa imponga) che fonda l'addebito di colpa e, correlativamente, al tipo di condotta obiettiva che lo sottende, in quanto realizzata in violazione della regola.

Epperò, appena si muova un passo al di fuori del contesto processuale (e cioè se si prescinde dalla questione della tardività del momento di prospettazione della *mutatio libelli*) la questione sostanziale sottostante si prospetta in tutta la sua importanza anche sotto altra luce: in discussione, nelle situazioni del tipo di quella oggetto del caso in esame, sono – prima ancora che le scansioni interne al giudizio di colpa – niente meno che la legittimità ed il grado del sindacato di controllo che il giudice finisce con l'esercitare sulle scelte d'impresa; scelte che caratterizzano non solo le organizzazioni complesse in quanto tali, ma ogni attività d'*équipe*, quantomeno in settori tecnologicamente avanzati, nei quali siano in opera competenze e mansioni altamente specializzate e tra loro diversificate.

Esemplificando rispetto al caso di specie: l'accusa aveva preteso di definire una posizione di garanzia (sostanziata da un obbligo di controllo) in capo al direttore tecnico e responsabile per la supervisione tecnica della scuderia, nonché in capo al *chief designer*, inteso nel contesto dell'attività di F1 come capo progettista, entrambi in posizione sovraordinata nel *team* che ha provveduto comunque, parrebbe, alla riprogettazione dello specifico piantone.

Concretizzando rispetto a questo esempio quanto sinora osservato in termini generali, sembra che il problema essenziale sia rappresentato dal contenuto della posizione di garanzia: essa si estende oppure no all'obbligo di controllo della fase di riprogettazione? La supervisione tecnica, cioè, comprende – *rectius*: deve comprendere – anche quella fase oppure no?

Da questo punto di vista, l'interrogativo fattuale relativo alla possibilità di affermare la condotta commissiva colposa «ove si fosse provato che il direttore tecnico della scuderia e/o il capo progettista avesse/

¹²¹ Pret. Imola, 16.12.1997, Bendinelli, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 153.

¹²² «Il fatto originariamente commissivo contestato [...] *id est* l'erronea progettazione ed esecuzione della modifica del piantone della vettura» del pilota di Formula 1 era stato oggetto di tentativo di modifica, censurato dal giudice di merito, «nel fatto omissivo, radicantesi nell'omesso controllo di coloro che avevano effettivamente progettato ed eseguito la modifica». Così riassume la vicenda M. MANTOVANI, *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 162.

avessero provveduto [...] a dare indicazioni in ordine al sottodimensionamento del piantone ovvero ad eseguire i calcoli sul pezzo progettato che ne avrebbero dovuto dimostrare tale sottodimensionamento» è certo corretto, ma soltanto successivo¹²³: avrebbero dovuto? E ancora: quando si rammenta che gli imputati non si erano di fatto ingeriti nell'attività di riprogettazione del piantone, si aggira il problema alla base: l'attività di riprogettazione è delegabile? Esiste un obbligo di controllo? Vale a dire, rispettivamente: se esiste, è giuridicamente rilevante? E se non esiste, cioè non è previsto, è giuridicamente rilevante la non-previsione?

In dottrina, ammessa la legittimità della posizione di garanzia, ci si è soffermati, in effetti, sul contenuto: ed è apparso subito evidente come, anche rispetto alla posizione del responsabile della supervisione tecnica, la sua posizione non dovesse comprendere un controllo effettivo: ciò, non già in ragione dell'assenza dell'obbligo di controllo dalla posizione di garanzia, bensì per via dei suoi limiti soggettivi, e cioè sulla base del principio di affidamento.

Sembra di poter dire tuttavia che il principio di affidamento segna il confine oggettivo della posizione di garanzia, o più propriamente la necessità che sia normativamente posto il confine a detta posizione, nella costruzione dei presupposti oggettivi della stessa, proprio al fine di evitare gli sconfinamenti della logica della delega di funzioni¹²⁴. Questi sconfinamenti convertono in rapporti di dipendenza verticale quelli che sono invece aspetti di una divisione del lavoro, dei compiti, che si attua su un piano, per così dire, orizzontale. La divisione del lavoro esprime una divisione di competenze e con queste di posizioni di garanzia. Se si ha chiaro ciò, senza necessità di ulteriori articolazioni concettuali la descrizione dell'evento appare chiaramente riproducibile ed eventuali errori nella valutazione delle singole scansioni alquanto chiari¹²⁵.

7. *L'interpretazione del pericolo nelle fattispecie cd. ingiunzionali*

Com'è ampiamente noto, il cd. Codice del consumo (d.lgs. 6/9/2005, n. 206, di seguito: Cod. cons.) prevede sanzioni amministrative e penali per il caso d'immissione sul mercato di prodotti pericolosi in violazione delle norme stabilite nello stesso decreto legislativo (art. 112). Si tratta d'un complesso di norme volte a garantire la sicurezza dei prodotti, come definiti agli effetti dello stesso Cod. cons., e precisamente «garantire che i prodotti immessi sul mercato ovvero in libera pratica siano sicuri»;

¹²³ Tali questioni non sono infatti sfuggite alla dottrina: M. MANTOVANI, *op. cit.*, 166 ss.

¹²⁴ Su cui v. criticamente, per quel che qui rileva, ancora M. MANTOVANI, *op. cit.*, 172 ss.

¹²⁵ Perspicuamente M. MANTOVANI, *op. cit.*, 17.

a tal fine è predisposto a livello (inter)ministeriale un sistema di controlli fondato su verifiche 'sul campo' e pronta circolazione delle informazioni (partic. artt. 107, 109).

Per comodità si riportano le disposizioni rilevanti, oggetto di sparute applicazioni giurisprudenziali secondo quanto si dirà poco oltre. L'art. 112 punisce con la pena congiunta dell'arresto e dell'ammenda, salvo che il fatto costituisca più grave reato, il produttore o il distributore che immette sul mercato prodotti pericolosi in violazione del divieto stabilito dalle amministrazioni competenti. Prodotto pericoloso, ai fini di questa disposizione, si deve intendere (art. 103 lett. *b*) in rel. lett. *a*) – almeno stando all'esplicito rinvio – il prodotto non sicuro)¹²⁶.

In relazione a tale disciplina l'esperienza giurisprudenziale nota (quanto meno allo scrivente) è scarsa, essenzialmente relativa a vicende cautelari (reali), ma forse proprio per questo non priva d'interesse anche in una prospettiva generale di riflessione sull'efficacia sia dello strumento penale, sia delle sue alternative¹²⁷.

Già prima dell'entrata in vigore del codice del consumo, in verità, erano state segnalate le carenze della disciplina approntata – in termini del tutto analoghi – dal d.lgs. 115/1995, che il Codice ha abrogato, nel contesto del riordino e risistemazione delle normative precedenti. In termini generali, la tutela penale segue il cosiddetto modello cosiddetto

¹²⁶ L'art. 103, lett. *a*) stabilisce: «ai fini del presente titolo [Sicurezza dei prodotti] si intende per: a) prodotto sicuro: qualsiasi prodotto [...] che, in condizioni di uso normali o ragionevolmente prevedibili, compresa la durata e, se del caso, la messa in servizio, l'installazione e la manutenzione, non presenti alcun rischio oppure presenti unicamente rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili nell'osservanza di un livello elevato di tutela della salute e della sicurezza delle persone in funzione, in particolare, dei seguenti elementi: 1) delle caratteristiche del prodotto, in particolare la sua composizione, il suo imballaggio, le modalità del suo assemblaggio e, se del caso, della sua installazione e manutenzione; 2) dell'effetto del prodotto su altri prodotti, qualora sia ragionevolmente prevedibile l'utilizzazione del primo con i secondi; 3) della presentazione del prodotto, della sua etichettatura, delle eventuali avvertenze e istruzioni per il suo uso e la sua eliminazione, nonché di qualsiasi altra indicazione o informazione relativa al prodotto; 4) delle categorie di consumatori che si trovano in condizione di rischio nell'utilizzazione del prodotto, in particolare dei minori e degli anziani». Diversa tesi è espressa da F. CONSULICH, *op. cit.*, sub art. 112, § VI, nr. marg. 5, argomentata sul presupposto che si debba ritenere pericoloso anche un prodotto che presenti «rischi minimi»; ma in base alla lett. *a*) ora citata, tale prodotto dovrebbe essere considerato sicuro e non già pericoloso, dunque escluso senz'altro dalla fattispecie penale. Il vero problema sembra invece essere rappresentato non tanto dal riferimento ai rischi minimi, quanto dallo stesso concetto di «rischio» (comunque opportunamente interpretato dal Consulich in senso restrittivo, non riferibile cioè ad una logica precauzionale). Esso appare del tutto indeterminato, almeno se non interpretato nel senso del pericolo di danno, e dunque per questo, prima ancora che per violazioni dei principi di offensività, ragionevolezza e colpevolezza, in odore d'incostituzionalità.

¹²⁷ Su questo aspetto si sofferma ad es. L. KUHLEN, *op. cit.*, partic. 171 ss. Di recente, per una diversa opinione, C. HOLTERMANN, *op. cit.*, 52 s., 55, 57-60.

ingiunzionale, «in cui la sanzione penale colpisce le condotte di inosservanza dei provvedimenti provvisori adottati dall'autorità pubblica. Si è di fronte ad un modello che punta a salvaguardare l'effettività della funzione amministrativa di governo della sicurezza collettiva, al cui interno quest'ultima riceve una tutela essenzialmente 'mediata'¹²⁸; ma questa funzione amministrativa è pensata in dimensioni tanto ciclopiche (e paradossalmente, con riferimento almeno ad alcune funzioni, «senza oneri aggiuntivi»: cfr. ora art. 107 c. 6, Cod. cons.) da risultare di fatto inattuabile; ed infatti la disciplina è rimasta lettera morta. Né parrebbe idonea a stornare il rischio, opportunamente segnalato, di scaricare sugli organismi pubblici e sull'intera società i rischi derivanti dalla produzione¹²⁹, la previsione che «le amministrazioni competenti incoraggiano e favoriscono l'azione volontaria dei produttori e dei distributori di adeguamento agli obblighi imposti [...] anche mediante l'eventuale elaborazione di codici di buona condotta ed accordi con le categorie di settore» (art. 107 co. 5 Cod. cons.)¹³⁰.

Cosa pensino taluni magistrati dell'efficienza dei controlli amministrativi può essere arguito dalla replica dei giudici di legittimità agli argomenti del giudice del riesame in un caso relativo al sequestro preventivo di antifurto per autoveicoli, di cui si assumeva la pericolosità¹³¹. Il tribunale del riesame annullava il sequestro preventivo disposto dal Gip rilevando che, quanto al *fumus* del reato, il giudizio di pericolosità formulato dal c.t. del pubblico ministero «doveva ritenersi smentito sia perché non risultavano essere state adottate iniziative di sorta da parte degli organi amministrativi deputati al controllo, sia perché nessun incidente si era verificato a causa» del prodotto asserito pericoloso; quanto alle esigenze cautelari, esse non sussisterebbero «proprio perché la legge prevede una complessa procedura di controllo dei prodotti, caratterizzata dal contraddittorio, nell'ambito della quale la P.A.: può disporre prescrizioni al produttore per eliminare i fattori di rischio»¹³². La Corte di Cassazione, in sede di annullamento dell'ordinanza del tribunale, censura la valuta-

¹²⁸ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., partic. 524-531 (526).

¹²⁹ Così C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit., 532.

¹³⁰ Sul modello di «regulierte Selbstregulierung» e per la sua valorizzazione come alternativa all'intervento penale cfr. ad es. K. LÜDERSEN, *Risikomanagement*, cit., 360-363; U. SIEBER, *Compliance-Programme und Unternehmenstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht-Festschrift für Klaus Tiedemann*, Köln/München, 2008, 449 ss.; scettico R. HEFENDEHL, *Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, in *JZ*, 2006, 119 ss., 123 (e un accenno in *Id.*, *Ausserstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität*, in *ZStW*, 2007, 816. Cfr. anche D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto*, cit., partic. 326 ss.

¹³¹ Cass., III, 12.1.2005, Sarracino e a., in *CED Cass.*, rv. 230971.

¹³² Così la Cassazione riassume l'argomentazione del Tribunale del Riesame.

zione del tribunale che aveva definito «empiriche» le valutazioni effettuate dal consulente del p.m. «senza spiegarne le ragioni, anzi tentando di farlo con *considerazioni risibili, quali quelle che la legge prevede rigorosi controlli* amministrativi sui prodotti posti in commercio»; siffatta motivazione sarebbe dunque solo apparente, «come pure quella relativa alle esigenze cautelari [...] secondo cui la prevista attivazione delle procedure di controllo sui prodotti commercializzati escluderebbe qualsiasi possibilità di *periculum*»¹³³. Infine, dettando i criteri per il giudizio di rinvio, la Corte conferma perentoria che è necessario valutare

[...] l'eventuale concreto rischio connesso all'ulteriore utilizzo» del prodotto, «essendo sostanzialmente *una non motivazione* quella secondo cui l'espressa previsione [...] di una procedura di controllo, da parte dell'autorità amministrativa, dei prodotti immessi sul mercato eliminerebbe qualsiasi rischio e quindi la stessa necessità della misura cautelare. In tal modo, infatti, si dà per scontata l'effettuazione di una serie di controlli, che – come dimostra proprio la fattispecie in esame – può anche mancare, subordinando in definitiva ad una pregiudiziale tecnico-amministrativa l'azione penale, pure in quelle situazioni emergenziali che invece la richiederebbero.

La tesi espressa dalla Cassazione ha il sapore dell'ovvietà; e tuttavia non pare inutile sottolineare la valorizzazione di un concetto in qualche misura inedito, rappresentato dal «rischio concreto» connesso all'ulteriore utilizzazione di un prodotto pericoloso. Trattandosi di sede cautelare, è chiaro che il rischio concreto designa innanzi tutto il pericolo che la libera disponibilità della cosa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato che appare realizzato¹³⁴. È altrettanto evidente, d'altronde, che quando la condotta ha ad oggetto un prodotto che si assume pericoloso, la nozione cautelare interferisce significativamente con quella sostanziale, determinando di fatto un'ulteriore anticipazione della tutela, volta a prevenire il rischio che un rischio si propaghi; proprio quest'anticipazione, però, trova un suo fondamento specifico proprio nella 'concretezza' che deriva dal fatto che

¹³³ Nel caso di specie i dati di fatto considerati al fine del giudizio di pericolosità erano rappresentati, ad esempio, dal fatto che per il funzionamento degli antifurto, e dunque anche per la relativa disattivazione, dovesse farsi ricorso ad una chiave diversa da quella di avviamento del motore, col rischio di partenze del veicolo col bloccasterzo innestato; che l'installazione sul piantone dello sterzo avvenisse senza autorizzazione della casa produttrice del veicolo e senza omologazione alcuna, o addirittura su altro piantone non originale montato in sostituzione del primo, con pericolo di collassamento dello sterzo in caso di incidente o di usurare in modo non calcolato diversi organi meccanici; che non sarebbe da escludere l'inserimento accidentale dell'antifurto durante la guida.

¹³⁴ Il rischio non è invece elemento della fattispecie penale: cfr., correttamente, F. CONSULICH, *op. cit.*, *sub* art. 112, § II (ove ulteriori precisazioni sulla fattispecie del terzo comma).

una prima valutazione tecnica – quella che fonda l'emissione del provvedimento cautelare – ha verificato rispetto a specifici prodotti la *plausibilità del giudizio di rischio*. La stessa Corte, a proposito del *fumus* del reato (ora art. 112 Cod. cons.), precisa che esso dev'essere determinato per l'appunto con riferimento alla nozione di prodotto pericoloso, a sua volta ancorata alla (non) esistenza di un rischio per la salute o sicurezza delle persone, o comunque all'esistenza di «rischi minimi, compatibili con l'impiego del prodotto e considerati accettabili» in base al metro di un livello elevato di tutela dei predetti interessi (art. 103, co. 1 lett. *a*) in rel. lett. *b*) Cod. cons.). Se dunque il concetto di prodotto pericoloso s'impernia (non già sul pericolo, ma) sul rischio, è ai poteri cautelari previsti dal sistema processuale penale che l'ordinamento finisce con l'affidarsi quando, in assenza di pronto ed efficace controllo amministrativo, non sarebbe possibile compiere la valutazione di sicurezza nei modi previsti dalla legge e tuttavia compaiano i primi segnali della rischiosità del prodotto.

Il riferimento alla concretezza del rischio, d'altra parte, esige che il relativo giudizio sia effettuato *in presenza di elementi di fatto* (ad es., particolarità costruttive, materiali usati, eventuale marchio contraffatto apposto al prodotto) che, per quanto apprezzabili nel modo sommario proprio del procedimento cautelare, siano tuttavia significativi della pericolosità del prodotto. *Non è dunque sufficiente una pericolosità meramente astratta*¹³⁵, in assenza di un provvedimento amministrativo interdittivo e di altri elementi fattuali che sorreggano il giudizio di «verosimile» pericolosità.

Questo atteggiamento interpretativo, opportuno, segnala che in questo contesto il concetto di «rischio» non parrebbe inteso dalla giurisprudenza nel suo senso – ad un tempo, per dir così, 'proprio' ed 'atecnico' –¹³⁶ di propensione a produrre danni indefiniti in contesto di incertezza scientifica, bensì come *possibilità di un pericolo derivante immediatamente dall'uso del prodotto, per via delle sue caratteristiche individuate con i dovuti accertamenti tecnico-scientifici* e soverchiante la soglia di tollerabilità minima legalmente stabilita.

Resta il fatto che, in termini di valutazione generale, l'affidamento di una funzione preventivo-precauzionale al sistema penale, quasi sostitutiva del controllo amministrativo, può avere (ed in effetti ha) i suoi costi. Il più evidente è rappresentato, anche in una materia in certa guisa marginale qual è quella delle fattispecie ingiunzionali in materia di sicurezza generale dei prodotti, dalla *tensione con il principio di tipicità*. La prossimità ai meccani-

¹³⁵ Cass., III, 8.11.2007, Stuffer, in *CED Cass.*, rv. 238444, relativa al sequestro di minimoto che secondo l'accusa, per le loro ridotte dimensioni, apparivano *ictu oculi* di non facile guida e da considerarsi dunque destinate non ad uso ordinario ma a pratica sportiva competitiva.

¹³⁶ «Non c'è un concetto di rischio che possa soddisfare le esigenze scientifiche»: N. LUHMANN, *Sociologia*, cit., 14.

smi della responsabilità civile (ancorata al principio di atipicità dell'illecito e comunque non imbrigliata dal divieto di analogia) o, detto altrimenti e più tecnicamente, il carattere accessorio della disciplina penalistica in materia¹³⁷, può suggerire in effetti soluzioni discutibili, quale quella ritenuta dalla Corte di cassazione¹³⁸ sul concetto di attività che può «incidere sulle caratteristiche di sicurezza dei prodotti» (art. 103 co. 1 lett. *d*) Cod. cons.), quale presupposto per considerarne il titolare come «produttore» e dunque soggetto attivo del reato di cui all'art. 112 Cod. cons. Orbene, la fattispecie di cui all'art. 112 co. 2, che punisce l'immissione *tout court* sul mercato di prodotti pericolosi (non realizzata, cioè, in violazione di un provvedimento dell'autorità competente), può essere realizzata esclusivamente dal produttore. Per tale dev'essere inteso colui che è definito come tale dall'art. 103 co. 1 lett. *d*), e cioè in sostanza il fabbricante o chi si presenti per tale, chi rimette a nuovo il prodotto, l'importatore, e per l'appunto «gli operatori professionali della catena di commercializzazione nella misura in cui la loro attività possa incidere sulle caratteristiche di sicurezza dei prodotti».

Si tratta chiaramente di definizioni per così dire funzionali, cioè orientate allo scopo di garanzia dell'immissione di un prodotto «sicuro». Ma cosa vuol dire «incidere sulle caratteristiche di sicurezza»? Anche questo elemento di fattispecie (che specifica la qualità del soggetto attivo) non può che orientarsi alla funzione, e dunque va determinato in relazione al concetto di prodotto sicuro, il quale a sua volta fa riferimento all'assenza di rischio «in condizioni normali o ragionevolmente prevedibili», in relazione – fra l'altro – alla «presentazione» del prodotto ed alle «categorie di consumatori ... in particolare dei minori e degli anziani» (art. 103 lett. *a*) nn. 3 e 4). Incide dunque su queste caratteristiche *qualunque attività non coerente con queste modalità* di immissione nel mercato dei prodotti. In questa prospettiva, anche colui che formalmente sarebbe semplice distributore (come tale escluso dal novero dei soggetti attivi del reato), può essere invece considerato produttore – in prospettiva, per l'appunto, funzionale.

Su queste basi, la Cassazione ha ritenuto che la vendita in un negozio di giocattoli di un cosiddetto *electric scooter*, idoneo a raggiungere la velocità di 17 km/h, anziché di 6 km/h come da normativa, integri la contravvenzione di cui all'art. 112 Cod. cons.: «la vendita di un ciclomotore in un negozio di giocattoli è idonea ad incidere sulle caratteristiche di sicurezza di tale prodotto, perché esso appare destinato ad una particolare categoria di consumatori (minorenni)»; ed ha aggiunto che «l'uso che di un ciclomotore è prevedibile che faccia un minore infraquattordicenne non può non essere pericoloso».

¹³⁷ Su questo aspetto cfr. gli articolati rilievi di K. LÜDERSEN, *Entkriminalisierung*, cit., 48 ss.

¹³⁸ Cass., III, 4.12.2007, Miccoli, CED Cass., rv. 239060–239061.

Questa prospettiva di orientamento allo scopo può, sotto un certo punto di vista, apparire inedita nei rapporti fra diritto penale e normative extrapenali, in particolare civilistiche, perché l'utilizzazione dei concetti normativi giuridici nella descrizione di fattispecie penali tendenzialmente determina un irrigidimento delle prime, appiattite sulla disciplina extrapenale; al contrario, in questo campo di materia il richiamo delle nozioni di produttore, prodotto, ecc. varrebbe piuttosto a sfuocare la tipicità che a contenerla entro nozioni dai confini chiari e definiti.

La tendenza alla dilatazione della sfera di operatività delle fattispecie penali, d'altra parte, assume forza addirittura incoercibile con riferimento a taluni settori, che comunemente si vogliono ricollegati al tema della responsabilità da prodotto intesa in senso lato, caratterizzati da incertezza sugli effetti della condotta: è il caso del cd. elettrosmog, dell'emissione di onde elettromagnetiche fuori dei limiti previsti dalle specifiche norme di settore, che una recente, ampia sentenza di legittimità¹³⁹ attesta perentoriamente – pur inserendosi in un panorama giurisprudenziale del tutto controverso – essere riconducibile alla fattispecie dell'art. 674 c.p., fondando la conclusione su una pretesa mera interpretazione estensiva della fattispecie in coerenza sistematica con la disciplina sanzionatoria extrapenale; ma altro non pare se non un caso di pura e semplice interpretazione analogica.

Qualche considerazione di chiusura (ma non conclusiva).

Nell'esperienza giurisprudenziale relativa ai casi di danno alla persona da prodotto, come delimitati nel senso indicato in precedenza (I.5), si possono senz'altro riscontrare aspetti d'incertezza nell'uso di categorie tradizionali – azione/omissione, causalità, colpa – e una certa disinvoltura nell'individuazione (sia per eccesso, sia per difetto) dei soggetti responsabili soprattutto quando siano coinvolte attività d'impresa. Tuttavia, non pare ravvisabile una vera e propria torsione di categorie indotta strutturalmente dal tipo di problemi che i giudici sono chiamati ad affrontare; né si direbbe che, già 'nel piccolo', si ravvisino i germi di una corruzione del *modus decidendi* che, nel grande – nei casi, cioè, di radicale incertezza causale e di danni di massa – porti all'impossibilità di gestire il sistema.

Il fatto è che la torsione delle categorie non dev'essere confusa con un diverso fenomeno, questo innegabile, rappresentato dalla discrasia – del resto ampiamente nota agli studi di (metodologia del) diritto comparato – fra verbalizzazione di una regola (qui, giurisprudenziale) e reale *ratio decidendi*. Se, di primo acchito, questa discrasia può essere intesa come vera e propria confusione categoriale (ad es., tra condotta attiva ed omissiva,

¹³⁹ Cass., III, 13.5.2008, Tucci e a., in *CED Cass.*, rv. 240767-770 (è il cd. caso di Radio Vaticana).

tra criteri causali e presupposti dell'imputazione colposa), si dovrebbe però verificare, prima ancora di sovrapporre lo schema dogmatico al 'caso', se e che cosa 'stia dietro' a quella discrasia, perché cioè possano prodursi criptotipi che catapultano una categoria – talvolta in modo molto evidente, e non solo nel settore qui considerato (si pensi alla responsabilità in ambito sanitario) – al di fuori della sua naturale sede sistematica.

Senza pretendere di offrire in questa sede alcun tipo di conclusione all'analisi in precedenza condotta, si può provare a mettere in campo due ordini di considerazioni, seppure ai limiti dell'ovvietà.

Da una parte, appare necessario considerare seriamente le particolarità del caso concreto. Questo non equivale ad osservare che le decisioni siano assolutamente casuali, vale a dire, come pure è stato sostenuto, pragmatiche ed anticoncettualistiche ed impregnate di considerazioni finalistiche di 'motivazione a tutti i costi' d'una soluzione attinta dal senso di giustizia. Può accadere, certamente. Una pretesa evidenza della soluzione del caso concreto può operare nel senso di far apparire indifferente il tipo di legittimazione teorica (meglio: argomentativa) d'una soluzione percepita come cogente in base a determinate premesse di fatto.

Ma qui s'intende qualcosa di diverso: proprio le circostanze di fatto, unitamente al modo con il quale i fatti sono 'gestiti' nella dialettica processuale (come sono state condotte le indagini, come è impostato il capo di imputazione, come lo sono i motivi di ricorso, ecc.) possono sviare verso una discussione che cela il reale *thema decidendum*; si può così finire con il plasmare una motivazione, che argomenta in realtà qualcosa di diverso.

Comunque, non si tratta ancora d'una spiegazione sufficiente.

Anche dal ristretto angolo visuale qui adottato appare chiaro che, nella materia in esame, possono darsi sia casi nei quali il pericolo si ricollega all'agire individuale in una dimensione, per così dire, ancora puntiforme, sia casi nei quali le attività poste in essere portano con sé lo stigma del pericolo (se si vuole, del rischio) di eventi lesivi ed addirittura letali; gli eventi lesivi sono, come è stato detto, parte dello spettro normale di queste attività, pur sempre lecite. In questo contesto, soprattutto quando il danno si è prodotto e dunque hanno fallito sia le norme prevenzionistiche sia le norme penali incardinate su una tutela anticipata, può essere registrata la tentazione di costruire sul soggetto inosservante una funzione di garanzia generalizzata, sull'implicito presupposto che è proprio colui il quale realizza l'attività che, in fin dei conti, ha – deve avere – il dominio del pericolo. Posizione di garanzia e sua violazione: ecco la condotta omissiva, ecco la conversione in omissione dell'azione. L'indeterminatezza delle regole esistenti fa il resto (o è la premessa); in questo senso, ed a mero titolo d'esempio, ogni sforzo concettuale, e politico, di codificare le posizioni di garanzia (così negli artt. 16-27 del Progetto "Grosso", ad esempio) parrebbe più immediatamente necessario di quello volto a riformare le categorie dell'imputazione, o ad introdurne di nuove.

SESSIONE POMERIDIANA
Presidenza di Beniamino Deidda

Discussione e interventi

INTRODUZIONE ALLA SESSIONE POMERIDIANA

di Beniamino Deidda

Gli interventi molto interessanti di questa mattina hanno avuto il merito di riproporre alla nostra attenzione alcuni temi che da tempo impegnano la giurisprudenza.

Il primo di questi temi riguarda l'accertamento delle responsabilità dei datori di lavoro e dei dirigenti in materia di sicurezza e salute dei lavoratori.

Tema che preoccupa molto, soprattutto le organizzazioni dei datori di lavoro, e che non a caso è stato al centro del serrato dibattito che in questi giorni si è aperto in occasione delle modifiche da apportare al d.lgs. n. 81/08, il nuovo T.U. sulla sicurezza dei lavoratori.

Aggiungo che il tema è molto sentito e vissuto come costante rischio di un coinvolgimento eccessivo del datore di lavoro e dei suoi delegati sul versante della responsabilità penale, fino a temere appunto che vi siano pronunzie di condanna non accompagnate dal chiaro accertamento di condotte colpose.

Questo timore è stato avvertito a tal punto da suggerire al governo una modifica del decreto n. 81 attraverso un nuovo articolo 15 *bis*, che prevede un ingenuo – (ingenuo, almeno a parer mio) – tentativo di circoscrivere la responsabilità del datore di lavoro. Tentativo che ho definito ingenuo per più di un motivo. Prima di tutto perché propone la modifica di un principio generale contenuto nell'articolo 40 del codice penale, secondo cui «non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo». Ora è difficile sostenere che una tale modifica rientri nei poteri conferiti al governo con la legge di delega n. 123/2007, che, appunto, assegna al Governo la possibilità di correggere ed integrare il Testo Unico.

Ma l'ingenuità della proposta si rivela soprattutto nel tenore della modifica che viene avanzata. Varrebbe la pena di leggerla perché non è facile capire cosa i proponenti vogliano dire. L'uditorio, è così qualificato che probabilmente la conosce già, ma si può anche sospettare che qualcuno non l'abbia presente. Dunque così suona il testo della proposta del nuovo articolo 15 *bis*:

1. Nei reati commessi mediante violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni e all'igiene sul lavoro il non impedire l'evento equivale a cagionarlo alle seguenti condizioni:

- a) che sia stato violato un obbligo derivante da una posizione di garanzia nei confronti del bene giuridico tutelato;
 - b) che il titolare della posizione di garanzia sia in possesso dei poteri giuridici o di fatto idonei a impedire l'evento;
 - c) che la posizione di garanzia sia tassativamente istituita dalla legge, salvo poter essere, nei limiti da essa determinati, specificata da regolamenti, provvedimenti dell'autorità, ordini o atti d'autonomia privata;
 - d) che l'evento non sia imputabile ai soggetti di cui agli articoli 56, 57, 58, 59, 60 del presente decreto legislativo per la violazione delle disposizioni ivi richiamate.
2. Il trasferimento degli obblighi derivanti dalla posizione di garanzia è consentito nei modi e nei limiti previsti dal presente decreto.

Ecco, se dovessi spiegare su due piedi il significato del brano appena letto, sarei molto imbarazzato. Ma lasciatemi dire che le tecniche di scrittura delle nuove norme lasciano a desiderare. Sempre più spesso, dietro l'austera definizione del legislatore si nascondono variopinte commissioni, quasi sempre pletoriche, nelle quali siedono inevitabilmente rappresentanti delle varie corporazioni e categorie, i cosiddetti esperti dei ministeri, sindacalisti, confindustriali, casalinghe ecc., ma nelle quali è quasi impossibile vedere un giurista. La presenza di un giurista nelle commissioni incaricate di redigere le nuove leggi è vista non dico come fastidiosa, ma certamente come superflua. Sapete come sono i giuristi, fanno perdere un sacco di tempo...

Ma, qualunque cosa voglia dire la norma che abbiamo letto, cosa certamente esprime disagio è almeno il concreto tentativo di limitare la possibilità che il datore di lavoro venga ritenuto responsabile, specialmente in quei casi in cui altri soggetti sono coinvolti nella produzione dell'evento dannoso o pericoloso.

Tutto questo ci riporta inevitabilmente al rapporto di causa, al nesso causale e alle altre questioni che sono state proposte dagli interventi della mattina.

Il secondo tema che vorrei sottolineare è emerso in tutta la sua importanza nella giornata di ieri ed è il possibile sindacato dei giudici sulle scelte politico-amministrative delle società complesse, dalle quali discendano eventi dannosi o pericolosi per i lavoratori. Ricordo che ieri a questo proposito il prof. Pisa ha detto: «Non sarebbe male occuparsi della responsabilità del terzo livello». E io vorrei aggiungere: anche del quarto livello. Perché a volte le decisioni nelle società complesse vengono prese così in alto da far pensare che sarebbe bene occuparsi dei livelli e delle cariche più alte.

Vorrei anzi dire che finora noi magistrati siamo stati molto timidi nella ricerca dei responsabili delle scelte fondamentali nella gestione degli enti

complessi, specialmente quando si è trattato di enti pubblici. Anzi abbiamo teorizzato che non spetta al giudice censurare le scelte amministrative o politiche degli enti pubblici, soprattutto quando riguardino la destinazione delle risorse che sono, per definizione, risorse limitate. La mia convinzione in proposito è che dietro questa posizione dei magistrati vi sia un grande equivoco nascosto dietro il principio della discrezionalità e dell'autonomia che spettano alla Pubblica Amministrazione. Ma quando, come capita nei reati contro la salute dei lavoratori, il bene fondamentale della salute è presidiato dalla sanzione penale, la Pubblica Amministrazione non gode di nessuna discrezionalità essendo la discrezionalità inconciliabile con gli obblighi penalmente sanzionati. Dunque le risorse della Pubblica Amministrazione, ancorché limitate, vanno impiegate prima di tutto nella protezione del bene primario della salute, con precedenza rispetto agli altri possibili impieghi affidati alla discrezionalità della Pubblica Amministrazione. E quando le eventuali violazioni dipendano dalle decisioni dei vertici politici o dalle scelte di fondo dei vertici amministrativi non vi è dubbio che occorrerà perseguire i vertici politici e amministrativi. È un tema questo che vorrei affidare alle risposte dei vari relatori.

A discutere con noi abbiamo tre esperti, portatori di esperienze e punti di vista diversi. Il Consigliere Carlo Brusco, che interverrà per primo, è un notissimo studioso di questi temi che sono stati discussi nelle due giornate ed è autore di splendide sentenze della Corte di Cassazione in materia di nesso causale, uno dei protagonisti della giurisprudenza di legittimità in una materia certamente tormentata.

Seguirà il Dott. Fabio Pontrandolfi, responsabile dell'ufficio sicurezza Confindustria, che è dunque un esperto e ci dirà il suo parere dal un punto di osservazione certamente originale come sono gli uffici della Confindustria. Ci attendiamo dal suo intervento l'illustrazione delle posizioni confindustriali non solo sulle tendenze giurisprudenziali in materia di sicurezza dei lavoratori, ma anche sulle modifiche del T.U. di cui nelle scorse settimane tanto si è discusso.

Infine il professore Carlo Enrico Paliero dell'Università di Milano, che davvero non credo di dover presentare a voi. Si tratta di uno studioso attentissimo della materia, autore di scritti raffinatissimi in materia di responsabilità dei soggetti tenuti a fare prevenzione nei luoghi di lavoro.

Ricordo di essere stato testimone di alcuni bellissimi interventi del Prof. Paliero in occasione dei corsi di formazione organizzati dal C.S.M. nei quali eravamo relatori e sono certo che anche questo pomeriggio il Prof. Paliero ci dirà cose interessantissime.

Vorrei pregare i relatori di contenere i loro interventi, se possibile, nel limite dei 25-30 minuti, in modo da poter dare corso al dibattito e agli interventi programmati. La parola al Consigliere Carlo Brusco per la sua relazione.

BREVI CONSIDERAZIONI SULLA PREVEDIBILITÀ DELL'EVENTO NEL REATO COLPOSO

di Carlo Brusco

Innanzitutto ringrazio del cortese invito a questo convegno. Malgrado tutto io sono pratico del diritto e quindi le cose che dirò sono legate alla mia esperienza professionale e forse meno ai sistemi teorici con i quali però, bene o male, dobbiamo confrontarci.

Raccolgo subito l'invito del collega Deidda per dire due cose sul progetto di riforma del d.lgs. n. 81 del 2008 (articolo 15 *bis*). Anche a mio parere è una proposta che, in questa formulazione, presenta aspetti difficilmente condivisibili e spero che, se il progetto andrà avanti, si tenga conto di tutta una serie di obiezioni che sono state fatte dagli studiosi.

Io ne indico rapidamente tre. Innanzitutto mi sembra eccessivo predeterminare, in modo così rigido, quali siano le posizioni di garanzia, eliminando tutte quelle che erano frutto di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. La formulazione proposta prevede che la posizione di garanzia debba «tassativamente» trovare origine nella legge. Tutte le altre forme, addirittura anche quelle contrattuali, devono non tanto essere previste, ma trovare il fondamento nella norma di legge.

Mi chiedo come possa una norma di legge predeterminare tutta una serie di situazioni che le vicende contrattuali, familiari, di impresa, in continua evoluzione, possono prevedere. La legge potrà dire che su base contrattuale si può creare una posizione di garanzia, ma non potrà certo predeterminare tutte quelle situazioni che possono creare, anche su base fattuale, una posizione di garanzia.

L'altro aspetto che mi lascia perplesso è la codificazione di un tema – che sicuramente può essere ed è oggetto di dibattito – quale quello che è stato accennato anche stamattina, in particolare dal professor Pelissero, sui poteri impeditivi. Mi chiedo: la responsabilità penale, nel caso di responsabilità omissiva, è ipotizzabile (sarà ipotizzabile se verrà approvata questa norma) solo nei confronti di chi ha la possibilità concreta di impedire il verificarsi dell'evento, situazione abbastanza marginale perché, soprattutto nelle organizzazioni complesse, vi sono varie figure che, complessivamente poi, possono contribuire a impedire l'evento. È difficile che esista una situazione in cui c'è un solo soggetto che ha il potere impeditivo.

Certo, ci sono situazioni limite; è stato accennato dal professor Pelisero al caso dei sindaci delle società; il professor Petrini ha accennato ai responsabili del servizio di prevenzione e protezione. In queste situazioni i soggetti sui quali incombono determinati obblighi di segnalazione e di controllo, non hanno poi il potere di evitare che l'evento si verifichi; però possono contribuire al suo verificarsi con la loro omissione, perché se un soggetto non controlla quello che sta avvenendo contribuisce con la sua omissione al verificarsi dell'evento.

Ecco, codificare il sistema di attribuire solo a chi ha il potere impeditivo, a me sembra una scelta sbagliata anche se certi orientamenti non sono condivisibili. Per esempio il professor Petrini ha citato una sentenza che ha affermato la responsabilità del responsabile del servizio di prevenzione in una situazione nella quale il datore di lavoro era già a conoscenza di quella situazione di pericolo e questa circostanza rende non condivisibile la decisione.

Però, in una situazione in cui il responsabile venga a conoscenza di una situazione di pericolo e non la segnali, a me sembra che sia difficile escludere il suo contributo causale al verificarsi dell'evento.

Il terzo punto su cui esprimo una mia valutazione negativa è quello in cui la proposta di modifica sembra dimenticarsi dell'istituto del concorso di cause. Non lo dice espressamente, ma quando afferma che la responsabilità è esclusa quando è riconducibile a una violazione commessa da altri soggetti la conseguenza non può che essere questa. Insomma, in materia di infortuni sul lavoro non esiste più il concorso di cause che continua ad esistere per gli altri reati di natura colposa?

Ed è possibile derogare ad un principio fondamentale basato sul buon senso, prima ancora che costituire un principio fondamentale espresso dal codice penale: che tutti quelli che contribuiscono a causare un evento ne rispondono? Come si fa ad escludere la responsabilità di una persona solo perché un'altra ha contribuito al verificarsi di quell'evento?

Chiusa la parentesi. Parliamo invece di alcuni dei temi che sono stati affrontati oggi. Ovviamente non li posso affrontare tutti, intanto perché su molti di essi non sono sufficientemente informato e poi perché sarebbe impossibile, nei tempi previsti, analizzarli tutti.

Quindi io mi occuperò, in particolare, di alcuni aspetti dei problemi che ha affrontato il professor Petrini, quelli sulla colpa con particolare riferimento agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali.

Io condivido pienamente l'esigenza da cui parte il professor Petrini, comune in tutti gli interventi di questa mattina, che è quella di evitare forme di responsabilità oggettiva; rischio che nella materia colposa è possibile si verifichi quando il giudice si limita ad accertare l'esistenza della violazione della regola cautelare (il *versari in re illicita*), ma non accerta quegli ulteriori elementi che consentono di affermare che effettivamente l'agente è in colpa.

Questo non è un rischio teorico, è un rischio che si è realizzato nella giurisprudenza, in particolare in quella di legittimità, perché gli orientamenti, fino a una certa epoca, sono stati tali da convalidare questa opinione, che la giurisprudenza penale abbia avallato forme di responsabilità oggettiva.

Credo che oggi sia meno vero e infatti sono meno pessimista rispetto ad alcune delle opinioni che sono state oggi espresse, perché si sono fatti passi notevoli nella direzione di evitare questo rischio.

Invece, fino alla metà degli anni '90 la giurisprudenza di legittimità escludeva che elemento necessario del reato colposo fosse la prevedibilità dell'evento. Inizialmente, addirittura, questa necessità veniva esclusa per tutti i reati colposi. Poi c'è stata un'evoluzione in base ad un ragionamento un po' meno sommario e si è affermato che la prevedibilità era richiesta soltanto nel caso di colpa generica. Perché? Perché secondo questo tipo di valutazione, nella colpa specifica vi era una valutazione preventiva da parte del legislatore o da chi aveva formato la regola cautelare, che aveva già previsto quel tipo di rischio che la norma cautelare era idonea ad evitare.

Questa evoluzione, positiva, era però ancora insufficiente e non evitava il rischio della responsabilità oggettiva, il rischio di ritenere sufficiente il *versari in re illicita* perché, se ci fermiamo alla violazione della regola cautelare, facciamo rientrare nella responsabilità dell'agente tutti gli eventi che in qualche modo sono ricollegati a quel tipo di condotta, a quel tipo di violazione. Compresi quelli che fuoriescono completamente dalla possibilità di immaginarli preventivamente, anche da parte di chi abbia posto in essere, nella sua condotta, il massimo livello di diligenza. Soprattutto se questi eventi fuoriescono completamente dalle finalità preventive che la regola cautelare intendeva proteggere.

Mi fa piacere ricordare che l'autore di questa svolta – la necessità che la prevedibilità riguardi anche i casi di colpa specifica – è un collega che purtroppo è mancato un anno fa, Mariano Battisti, che voi conoscete soprattutto perché è stato l'autore di quella evoluzione giurisprudenziale sulla causalità che si è contrapposta, giustamente, all'orientamento probabilistico (che riteneva sufficiente anche il 30% di probabilità) che si era affermato nella giurisprudenza di legittimità degli anni '90.

Battisti aveva invece affermato, nelle sentenze di cui era estensore, l'esigenza di una rigorosa prova della causalità, giungendo a conclusioni (personalmente da me non condivise, quelle della certezza o quasi certezza), che poi le sezioni unite, con la sentenza Franzese, hanno attenuato, esigendo però un elevato grado di credibilità razionale e introducendo quel criterio della probabilità logica che ci fa uscire il problema dalle secche dell'antitesi probabilismo-certezza riconducendo quindi il tema alla certezza processuale e al ragionevole dubbio.

Le prime sentenze della Corte di Cassazione, che affermano la necessità della prevedibilità, anche nel caso di colpa specifica, sono proprio

di Mariano Battisti, che quindi ha dei meriti non solo sulla evoluzione della giurisprudenza in tema di causalità, ma anche di colpa.

Leggendo la relazione del professor Petrini, vedo che è stata fatta una distinzione, su questo tema della prevedibilità, tra la giurisprudenza in tema di circolazione stradale e quella in tema di infortuni sul lavoro. Ecco, io ho qualche perplessità su questa valutazione, anche se mi rendo conto che qualche volta possono sorgere dubbi leggendo alcune massime (peraltro il professor Petrini riporta ampi stralci di queste sentenze).

È vero che qualche volta la Cassazione, (in particolare la quarta sezione penale che si occupa dei reati colposi e della quale faccio parte) non affronta certi aspetti, però teniamo sempre conto dei limiti del giudizio di legittimità. La Cassazione, a parte le questioni rilevabili di ufficio, esamina soltanto i motivi proposti dai ricorrenti. Se il ricorrente non mi pone un problema in tema di prevedibilità, noi non andiamo ad affrontarlo d'ufficio. Ci limitiamo ai motivi.

Quindi questa impressione, che qualche volta possano essere stati elusi questi temi, spesso può dipendere dal fatto che questi temi non sono stati proposti. E qualche volta non ne vengono proposti anche di ben più gravi. Ricordo ieri un caso trattato insieme al collega Blaiotta; si trattava di una sentenza palesemente erronea sulla causalità (si richiamava la vecchia concezione probabilistica) ma, nei motivi, non c'era una riga di critica su questo problema. Siamo stati quindi costretti a confermare una sentenza palesemente errata.

C'è un altro aspetto da considerare. Qualche volta il giudizio di prevedibilità è talmente evidente, anche se implicito, che spesso nella sentenza non viene esplicitato. È un errore, perché dovremmo dirlo sempre.

Il professor Petrini fa alcuni esempi. Il caso del datore di lavoro condannato per la guardia giurata morta nel corso di una rapina. Qual'era l'elemento di colpa ritenuto causalmente efficiente sul verificarsi dell'evento? Il fatto che la guardia giurata non fosse stata dotata del giubbotto antiproiettile. E ha ragione il professor Petrini a dire che questa sentenza non parla della prevedibilità ma mi sembra implicito, in questo caso, che la dotazione del giubbotto antiproiettile mirava proprio ad evitare quell'evento e come è possibile affermare che quell'evento non era prevedibile? Quindi, certo, è sempre meglio precisarlo, specificarlo, anche perché spesso la giurisprudenza si evolve anche in base alla formulazione delle massime e quindi è giusto esplicitare questi problemi; però, a mio parere, si tratta di casi non idonei a dimostrare quella tendenza diretta a sottovalutare l'aspetto della prevedibilità.

E mi sembra che anche l'altro esempio citato dal professor Petrini non sia idoneo a dimostrare la tendenza ad omettere il giudizio di prevedibilità. Si trattava di una caduta dall'alto nella quale il datore di lavoro aveva parzialmente eliminato il parapetto, perché doveva far passare delle cose dal varco aperto nel parapetto. Anche in questo caso non credo che la

prevedibilità potesse essere messa in discussione: se tu togli un pezzo di parapetto è ben prevedibile che una persona che lavora in altezza possa cadere e quindi devi adottare le cautele perché ciò non avvenga.

Mi sembra quindi necessario sottolineare questi due aspetti: la cassazione giudica soltanto sulla base dei motivi proposti; è vero che lo studioso non ha sempre a disposizione le sentenze impugnate non ha mai i motivi di ricorso; però i motivi di ricorso solitamente vengono riassunti nella sentenza e quindi a questo si può ovviare. Secondo: qualche volta taluni aspetti sono di tale evidenza che si possono ritenere implicitamente valutati anche se sarebbe opportuno che ciò non avvenisse.

In conclusione io non vedo questa diversità di valutazione tra la giurisprudenza in tema di altri reati colposi e quella in tema di infortuni sul lavoro sul tema della prevedibilità.

Vi sono poi alcuni altri aspetti di grandissimo rilievo, affrontati anche questi dal professor Petrini, in questa materia. Naturalmente mi guarderò bene dall'esprimere valutazioni sulla sentenza da lui citata e del quale sono estensore. In termini generali però alcuni aspetti si possono affrontare.

Devo fare una premessa personale: quando sono stato trasferito in Cassazione ho chiesto di andare in altre sezioni, perché trovavo la materia colposa particolarmente ostica, poi invece sono stato obbligato ad occuparmene. Quindi certezze non ne ho, la più parte dei temi ha aspetti fortemente problematici, sui quali si possono avere opinioni ragionevolmente diverse.

Un aspetto tra quelli affrontati dal professor Petrini ha in effetti carattere di grande interesse e problematicità: si tratta della valutazione preventiva sulla possibilità che si verifichi un evento dannoso a seguito di una condotta colposa.

È possibile che nella sentenza di Porto Marghera (avevo premesso che non ne avrei parlato ma diviene inevitabile affrontando questo tema) sia stata utilizzata un'espressione discutibile, che, per ritenere prevedibile un evento è sufficiente la mera possibilità che lo stesso si verifichi in esito ad una determinata condotta; però era precisato che si deve trattare di una possibilità concreta e non meramente astratta.

Quindi intanto eliminiamo un aspetto del problema (su questo sono veramente convinto): che per ritenere prevedibile che da una condotta colposa derivi un determinato evento dannoso, sia necessario che vi sia una legge scientifica che lo confermi. Questo, a mio parere, era l'errore in cui era caduto il Tribunale di Venezia, nella sentenza di Porto Marghera.

Noi stiamo parlando di regole cautelari, che hanno natura preventiva. È chiaro che il giudice non deve tener conto delle mere astratte possibilità che un evento si verifichi in quelle situazioni nelle quali il rischio di un evento è del tutto ipotetico e non si è avuta alcuna conferma di questa possibilità. E non si può quindi ritenere colposa la condotta di chi non eviti queste condotte se poi subentreranno le conferme rendendo concreto il pericolo.

Questo è un aspetto che attiene ai poteri e ai doveri della pubblica autorità. Se c'è qualche dubbio che i telefoni cellulari o le onde elettromagnetiche provochino danni alla salute saranno le pubbliche autorità, in base al principio di precauzione, ad attuare i rimedi preventivi necessari, non è certo materia del giudice penale occuparsene.

Però quando invece abbiamo elementi fattuali premonitori tali da far ritenere che, in determinate situazioni, si possa creare un rischio per la salute, io credo che il datore di lavoro abbia già l'obbligo di intervenire.

Se il datore di lavoro verifica che in un certo reparto dell'azienda si verifica un aumento anomalo di determinate malattie, anche se non si sa da che cosa sono provocate, anche se vi sono esposizioni a più sostanze, anche se non è conosciuta una legge scientifica che conferma che dall'esposizione a determinati materiali possono derivare certe malattie, io credo che già l'anomalo aumento delle malattie (significativo ovviamente) che si verifica in un determinato reparto, fa sorgere in capo al datore di lavoro un obbligo di intervenire per verificare da che cosa questa situazione possa derivare.

Dunque la possibilità (è vero, forse è un termine improprio) deve comunque essere concretamente confermata da elementi di fatto significativi (diversamente da quanto avviene per l'uso dei telefoni cellulari per i quali nessuno ha mai verificato l'effettiva potenzialità di provocare tumori al cervello come qualcuno ha invece ipotizzato). Se ci sono più persone che in un determinato ambiente subiscono determinate conseguenze negative credo che in questo caso sorga già l'obbligo cautelare preventivo.

E quindi non è necessario che sia già conosciuta la legge scientifica che conferma che da quella esposizione deriva questa conseguenza; purché, appunto, i dati di fatto siano significativi, vi sia questa concreta possibilità. In questo momento sorge l'obbligo cautelare preventivo.

V'è un altro aspetto sul tema della colpa al quale vorrei accennare. Quando sono state osservate le regole cautelari previste in quel momento storico permane un obbligo del datore di lavoro di applicarne di ulteriori?

Qui si innesta la discussione sull'articolo 2087 c.c. che è un tema sul quale le idee sono poco chiare e controverse. Io mi limiterei a sottolineare che i casi nei quali esiste un obbligo del datore di lavoro di applicare ulteriori regole sorge sicuramente quando quelle vigenti si rivelino inadeguate (per esempio si è verificato che una regola non è stata idonea ad evitare tutta una serie di eventi) oppure quando siano superate dall'evoluzione tecnologica.

Ciò non significa che il datore di lavoro debba smantellare lo stabilimento perché c'è stata una evoluzione tecnologica che consente di eseguire quella lavorazione in termini di maggior sicurezza; se il livello di sicurezza era adeguato in precedenza significa comunque che il datore di lavoro ha un obbligo di introdurre, sia pure in tempi non immediati, quelle innovazioni che consentono di meglio tutelare la salute.

Il problema ulteriore che pone il professor Petrini è quello della riconoscibilità di una situazione di pericolo da cui può derivare un evento dannoso; è un modo diverso di intendere la prevedibilità, nel senso che il soggetto deve essere in grado di riconoscerlo, quindi di prevedere che se si comporta in un certo modo può derivarne un determinato evento.

Ora qui effettivamente c'è qualche decisione che è andata un po' oltre. Giustamente, il professor Petrini ricorda quella sentenza sullo scaldabagno – che forse era una sentenza giusta ma esprime un'affermazione inaccettabile perché opera un'equiparazione tra la pericolosità dell'opera e la prevedibilità dell'evento – affermazione non condivisibile perché dalla pericolosità dell'opera non deriva necessariamente la prevedibilità dell'evento perché il pericolo deve essere riconoscibile.

È vero invece che più l'attività che si svolge è pericolosa maggiori sono le cautele che si devono adottare; ma non è vero che dalla pericolosità dell'opera è automatico ricavare la prevedibilità dell'evento.

Non è per autoassolvere la Corte di Cassazione dalle decisioni improvvise che ogni tanto escono dalle nostre penne però è necessario tener conto di un'altra circostanza: che la valutazione sulla prevedibilità è comunque una valutazione di merito, non è una valutazione che rientra nei compiti del giudice di legittimità. Se nella sentenza non c'è nessuna valutazione si potrà ipotizzare essere il vizio di motivazione (che costituisce anche violazione di legge) per mancanza di motivazione su uno degli snodi fondamentali che costituiscono la colpa. Ma se la motivazione è adeguata e non presenta aspetti di manifesta illogicità non c'è spazio per l'intervento del giudice di legittimità.

Ma il cuore del problema è un altro. Abbiamo parlato della prevedibilità e precisato che, anche nella colpa specifica, è richiesta la prevedibilità. Perché era sbagliata la giurisprudenza che affermava che la prevedibilità non era necessaria nel caso di colpa specifica? Era sbagliata perché non ci diceva qual era l'evento concretamente prevedibile. Certo la regola cautelare specifica è stata dettata in previsione di un evento che si può verificare a seguito dello svolgimento di una determinata attività ma non ci dice qual è l'evento specifico che può essere ritenuto prevedibile. Era qui l'errore sistematico in cui incorreva questa giurisprudenza.

Qui è necessario aprire una breve parentesi: la regola cautelare viene formata sì in base al giudizio di prevedibilità, ma quello che la caratterizza non è tanto il giudizio di prevedibilità, quanto il giudizio di evitabilità, perché è inutile che stabiliamo regole cautelari che poi non sono in grado di evitare l'evento. Quindi sì, la prevedibilità è il presupposto, ma poi quella regola cautelare deve essere idonea ad evitare l'evento.

Detto questo torniamo al cuore del problema che è costituito dalla necessità di individuare quali siano gli eventi che possono ritenersi concretamente prevedibili. In particolare se gli eventi derivanti da una determinata condotta possano essere ritenuti solo quelli conosciuti al

momento in cui la condotta viene posta in essere, oppure se si possono ritenere prevedibili anche eventi non specificamente conosciuti.

Per tentare di dare una risposta ragionevole a questo quesito - che costituisce l'aspetto più problematico del tema della prevedibilità - il problema che ci dobbiamo porre preliminarmente è quello di definire la natura della regola cautelare ma sempre tenendo conto della sua funzione che ha natura preventiva di eventi dannosi.

Esistono regole cautelari, specificamente introdotte, previste per evitare che uno specifico e ben determinato evento si verifichi e vi sono invece delle regole cautelari che hanno uno specchio, un raggio d'azione ben più ampio e si riferiscono a tutta una serie di eventi dannosi che possono essere ricondotti a una determinata attività.

Se la regola di prevenzione è diretta a evitare un ventaglio ampio di eventi, a mio parere, pur con i paletti che poi vedremo, la necessità che sia previsto, che sia conosciuto quello specifico evento che poi si è verificato, non è necessaria. Perché quella norma mira proprio ad impedire una serie indeterminata, indefinita, non predeterminata di eventi. E il giudizio di prevedibilità si deve riferire anche a ciò che non è conosciuto, ma che è possibile si verifichi in futuro.

Non è ugualmente rimproverabile l'agente che pone in essere una condotta che si sa già che provoca gravi eventi, gravi malattie, se poi si accerta che ne provoca anche un'altra di pari o maggiore gravità? Non si assume l'agente anche il rischio che quella violazione che pone in essere, possa provocare conseguenze che in quel momento non sono conosciute, ma che successivamente lo diverranno?

Badate, non si tratta di ipotesi teoriche, perché la storia è piena di esempi di questo tipo. Pensiamo all'esposizione alle fibre di amianto. Era noto che provocava l'asbestosi e quindi tutte le conseguenze sul sistema respiratorio e cardiocircolatorio che provoca l'asbestosi, malattia sicuramente idonea a provocare l'anticipazione della fine della vita della persona.

Poi si è scoperto che l'amianto provoca il tumore polmonare e ancora successivamente il mesotelioma in particolare quello pleurico.

L'attività di lavorazione dell'amianto ormai dal '92 non è più consentita salvo che le attività di smaltimento; se il datore di lavoro in questa attività non protegge adeguatamente il lavoratore e lo sottopone all'esposizione e, in futuro, si scoprisse che questa esposizione provoca un'altra malattia mortale (eventualmente con tempi di latenza ancora più lunghi di quelli del mesotelioma pleurico) dovremmo affermare che non ne risponde perché quella specifica malattia non era prevedibile? Oppure la colpa sta proprio nel non aver considerato la concreta possibilità che esistano conseguenze parimenti dannose non ancora conosciute?

Lo pongo come quesito, non voglio dare risposte definitive, però mi chiedo se non possa essere sottoposta ad un giudizio di rimproverabilità la condotta descritta.

Però è giusto porre dei paletti a questo aspetto della prevedibilità perché altrimenti ogni evento latamente riconducibile a quella condotta mi sarebbe addebitato, al di fuori di una valutazione di prevedibilità, che comprende anche un giudizio di rimproverabilità della condotta.

Quali sono questi paletti? Il primo paletto è innanzitutto quello della concretizzazione del rischio. È necessario verificare se quella regola cautelare è diretta ad impedire una serie di eventi, conosciuti o non conosciuti, oppure se è una regola specificamente prevista per determinati eventi.

Faccio due esempi. Se il datore di lavoro non impone al lavoratore di utilizzare le scarpe protettive e poi questa persona subisce un'allergia per una sostanza, è chiaro che qui siamo completamente al di fuori dello scopo che la regola cautelare si proponeva e quindi il datore di lavoro non potrà rispondere (salvo rispondere dell'esposizione non consentita alla sostanza) dell'allergia perché il lavoratore non aveva le scarpe protettive.

Così, se un lavoratore che non è stato munito del casco di protezione viene punto da un insetto, anche qui siamo al di fuori dello scopo di quella norma. E quindi è giusto che in questi casi il datore di lavoro non risponda di quell'evento.

Il secondo paletto è costituito dalla necessità che l'evento non abbia caratteristiche completamente diverse per qualità e gravità rispetto a quelli già conosciuti. Se sappiamo che una sostanza provoca il prurito e poi scopriamo, dopo anni, che è anche cancerogena, non credo che al datore di lavoro possa essere addebitato il più grave evento se ha esposto il lavoratore a quella sostanza.

In definitiva si deve trattare di eventi comunque riconducibili a quel tipo di eventi secondo la felice espressione utilizzata da Mantovani e Fiandaca. Deve essere riconducibile, quantomeno, al tipo di eventi che la norma cautelare intendeva proteggere. Perché il datore di lavoro non sia chiamato a rispondere di questa esposizione a mio parere l'evento deve fuoriuscire completamente da quella gamma di eventi che la regola cautelare intendeva evitare.

Mi fermo qui perché credo di essere andato ampiamente oltre il tempo concessomi. Grazie per l'attenzione.

LA RESPONSABILITÀ PENALE DEL DATORE DI LAVORO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI SICUREZZA. VERSO LA (INCOSTITUZIONALE) RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

di Fabio Pontrandolfi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'articolo 2087 del codice civile. – 3. La responsabilità oggettiva. – 4. I confini della responsabilità penale del datore di lavoro. – 5. Un nuovo approccio interpretativo: il limite del comportamento anormale o esorbitante come limite della responsabilità del datore di lavoro. – 6. Conclusioni: la certezza del diritto, l'analisi dei comportamenti e degli eventi e la cultura della prevenzione.

1. Premessa

Il dovere primario e non comprimibile di tutelare la salute dei lavoratori, previsto dall'articolo 32 della Costituzione, impone all'imprenditore di adeguare l'organizzazione produttiva e gli strumenti di prevenzione alla costante evoluzione tecnologica¹.

Questo principio è garanzia di civiltà giuridica e di efficace ed effettiva tutela della salute e della sicurezza e si pone come limite all'altro, altrettanto costituzionalmente garantito, della libera iniziativa economica.

2. L'articolo 2087 del codice civile

L'ampia portata del precetto costituzionale è anticipata da una peculiare previsione codicistica (l'articolo 2087 del codice civile) il quale obbliga l'imprenditore ad adottare, nell'esercizio dell'attività, tutte le cautele necessarie per garantire la sicurezza dei lavoratori, tenendo conto di parametri connotati da fattori e parametri evolutivi, quali la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica.

¹ MONTUSCHI: «chi affronta il tema della tutela della salute nei luoghi di lavoro non può sottrarsi ad un senso di disagio, constatando che il concetto o l'idea di «prevenzione» nei luoghi di lavoro assomiglia alla classica tela di Penelope, mentre il diritto alla salute, di rango costituzionale, reclama di essere tutelato a tutto campo, senza compromessi o cedimenti».

Si tratta di una norma, è stato osservato, cristallina e recisa nell'intimare all'imprenditore un impegno spinto fino agli ultimi confini tracciati da particolarità del lavoro, esperienza e tecnica, con il risultato che, a segnare lo spartiacque tra «possibile» e «impossibile», interviene lo stato di avanzamento della tecnologia prevenzionale (riferita, naturalmente, alla particolare lavorazione e filtrata dalle esperienze condotte in passato).

Questa logica ampliativa a dismisura (e dai contorni indefiniti) degli obblighi dell'impresa, che supera ogni specifica previsione espressa di legge, giustifica l'interpretazione secondo cui l'art. 2087, per le sue caratteristiche di norma aperta, vale a supplire alle lacune di una normativa che non può prevedere ogni fattore di rischio, ed ha una funzione, sussidiaria rispetto a quest'ultima, di adeguamento continuo al caso concreto.

La conclusione non costituirebbe «strappo ai principi», trovando fondamento nel principio secondo cui l'imprenditore, in riferimento alla particolarità del lavoro, all'esperienza e alla tecnica, nel rappresentarsi l'evento (prevedibilità), deve prospettare a se stesso l'adozione delle misure (e, dunque, di tutte le misure) più consone e più aggiornate, al fine di scongiurare la sua realizzazione (prevenibilità)².

L'art. 2087 del codice civile, quindi, è norma di chiusura del sistema antinfortunistico ed opera anche (e proprio) laddove faccia difetto una specifica misura preventiva, imponendo al datore di lavoro di adottare comunque le misure generiche (e indeterminate) di prudenza, diligenza e l'osservanza delle norme tecniche e di esperienza³.

Il superamento della necessità di una previa specifica disposizione di legge per attribuire una responsabilità penale all'imprenditore compiuto attraverso l'individuazione di una norma di chiusura concepita per operare proprio in assenza di una disposizione di legge, ha legittimato il dubbio che la responsabilità del datore di lavoro possa, travalicando il profilo soggettivo della colpa, assumere una connotazione oggettiva.

Moltissime pronunzie, dal contenuto ormai meramente tralattico, hanno cercato, per ora inutilmente, a parere di chi scrive, di garantire da incostituzionalità la ricostruzione giurisprudenziale della responsabilità penale derivante da violazione dell'art. 2087 del codice civile in termini di colpa.

Anche da ultimo⁴, si è detto che l'art. 2087 del codice civile non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva a carico del datore di lavoro, per cui non può essere ritenuto responsabile sol perché che il lavoratore abbia subito un danno nell'esecuzione della prestazione lavorativa.

Occorre, invece, che l'evento sia pur sempre riferibile a sua colpa, per violazione di obblighi di comportamento, concretamente individuati,

² Cass., 4012/1998.

³ Cass., 4721/1998.

⁴ Cass., 3785/2009.

imposti da norme di legge e di regolamento o contrattuali ovvero suggeriti dalla tecnica e dall'esperienza.

3. *La responsabilità oggettiva*

Altrettanta giurisprudenza di legittimità⁵ ha però recentemente accolto espressamente l'opzione della configurazione della responsabilità civile ex art. 2087 codice civile come oggettiva, introducendo un *novum*, in evidente contrasto con la consueta interpretazione della cassazione, secondo la quale l'art. 2087 costituisce una ipotesi di responsabilità contrattuale, quindi legata alla colpa⁶. Si afferma che, se è vero che non si può rimproverare al datore di lavoro di non avere utilizzato strumenti tecnici all'epoca inesistenti, il risultato della maggior possibile sicurezza deve essere nondimeno garantito.

Qualora poi non sia tecnicamente possibile conseguire la sicurezza assoluta, il rischio e i costi degli eventuali incidenti non possono certo farsi gravare sul lavoratore infortunato.

La responsabilità conseguente all'inosservanza di una norma specifica in tema di sicurezza sul lavoro – che va coordinata con i principi generali enunciati dall'art. 2087 del codice civile – è (anche) una responsabilità oggettiva dovendo gravare sull'impresa, e non sui lavoratori o sui terzi, il rischio inerente all'eventuale pericolosità dei macchinari di cui essa si avvalga per l'esercizio della sua attività e nel suo interesse.

Solo la responsabilità oggettiva, infatti, garantisce una certa efficacia dissuasiva dall'uso di mezzi o attrezzature pericolose, facendo gravare i costi degli incidenti sull'impresa che tali mezzi utilizza, anziché sui lavoratori o sui terzi danneggiati.

L'affermazione, nonostante sia in evidente contrasto con la giurisprudenza maggioritaria, è invece del tutto coerente con l'altra⁷ secondo cui il datore di lavoro deve tutelare le condizioni di lavoro dei propri dipendenti indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme sulla prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali (responsabilità dai connotati altrettanto oggettivi).

In dottrina è stata evidenziata una forte affinità tra le previsioni dell'articolo 2087 e gli articoli 2050 e 2051 del codice civile, rispettivamente relativi alla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose e ai danni cagionati da cose in custodia, di natura prettamente oggettiva.

⁵ Cass., 4718/2008.

⁶ Cass., 9817/2008: la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 codice civile è di carattere contrattuale, perché il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'art. 1374 c.c.) dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza e lo inserisce nel sinallagma contrattuale.

⁷ Cass., 7224/1983.

L'impressione è che si sia molto prossimi a quella che è stata definita una «responsabilità oggettiva attenuata»: è come se i criteri previsti dall'art. 2050 c.c. sul versante della responsabilità extra-contrattuale per la misurazione della colpa fossero trasferiti ed utilizzati al momento di applicare l'art. 2087 c.c., ritenendosi grosso modo equivalenti le formule usate nell'una e nell'altra norma, per una certa assonanza, se non somiglianza delle parole.

In realtà, se è vero, come si è sostenuto in dottrina, che le due norme hanno un ambito differente, considerato che il legislatore non ha attribuito all'impresa, intesa come tale, una patente a priori di «pericolosità», è anche vero che già il d.lgs. n. 626/94 aveva imposto al datore di lavoro il dovere (ulteriore) di predisporre la cosiddetta sorveglianza sanitaria, finalizzata al controllo periodico dello stato di salute dei lavoratori quando siano addetti ad attività particolarmente nocive.

Si tratta di casi nei quali l'attività d'impresa può dirsi pericolosa «per sua natura» e, dunque, si ripropone l'antico dilemma della sovrapposizione fra le due norme: per quanto sia stato scritto che la responsabilità *ex art. 2087 c.c.* «non può essere regolata secondo lo speciale criterio di cui all'art. 2050 c.c.», appare problematico e tutt'altro che scontato escludere a priori il concorso.

È peraltro evidente che fra l'una e l'altra ipotesi (che appartengono ad ambiti e titoli diversi di responsabilità) può individuarsi un denominatore comune, nel senso che funziona in ambedue i casi una sorta di presunzione relativa di colpa che potrà essere superata dal debitore di sicurezza solo dimostrando di aver predisposto tutte le cautele necessarie, in sostanza dando la prova dell'estraneità dell'evento alla sfera dell'impresa più che alla colpa soggettiva del datore di lavoro.

Del resto, come ha rilevato la migliore dottrina civilistica, essere obbligati ad adottare tutte le misure idonee a prevenire il danno altro non significa se non imporre al soggetto responsabile un dovere di diligenza così ampio da ricomprendere ogni precauzione, ogni cautela, ogni mezzo per opporsi al verificarsi dell'evento: in altre parole, significa obbligarlo a rispondere di tutti i danni che si siano comunque verificati (escluso il fortuito), e in quest'ipotesi si configura innegabilmente una fattispecie di responsabilità senza colpa.

Spostandosi sul versante delle malattie professionali, la situazione è destinata a divenire ancor più indefinita, pur seguendo le medesime logiche.

L'ampiezza della responsabilità del datore di lavoro (il che non equivale necessariamente a responsabilità oggettiva) dipende dal fatto, evidenziato dalla Corte di giustizia europea⁸, che i rischi professionali oggetto di valutazione non sono stabiliti una volta per tutte, ma si evolvono costan-

⁸ Corte di Giustizia europea del 15 novembre 2001, in causa C-49/00.

temente in funzione del progressivo sviluppo delle condizioni di lavoro e delle ricerche scientifiche in materia di rischi professionali.

L'ampia ed indefinita latitudine della responsabilità del datore di lavoro sul versante dell'ambito oggettivo è accentuata ulteriormente dall'affermazione⁹ secondo cui la sua responsabilità non è esclusa dai comportamenti negligenti, trascurati, imperiti del lavoratore, che abbiano contribuito al verificarsi dell'infortunio. Ciò in quanto al datore di lavoro è imposto (anche) di esigere il rispetto delle regole di cautela da parte del lavoratore, in quanto «garante» anche della correttezza dell'agire del lavoratore.

La colpa del datore di lavoro non è, dunque, esclusa da quella del lavoratore e l'evento dannoso è imputato al datore di lavoro in forza della posizione di garanzia di cui *ex lege* è onerato, sulla base del principio dell'equivalenza delle cause vigente nel sistema penale (art. 41 c.p., comma 1).

Il principio della causa successivamente intervenuta nella determinazione dell'evento ed autonomamente idonea alla produzione dello stesso (art. 41, comma 2, codice penale) non è mai presa in considerazione, nonostante contempra l'ipotesi di inadempimenti precisi e dotati di autonoma efficacia causale nel determinismo dell'evento.

In realtà, però, deve affermarsi che la previsione dell'articolo 41, 2 comma, del codice penale non può non applicarsi anche nella materia della sicurezza sul lavoro. Una conclusione diversa sarebbe viziata da un evidente profilo di incostituzionalità.

Il decreto legislativo n. 626/1994, confermato nella struttura dal d.lgs n. 81/2008, ha introdotto precise responsabilità penali a carico di dirigenti, preposti e lavoratori che non rispettano le disposizioni del datore di lavoro, ovvero le norme poste a propria tutela e che prescrivono adempimenti a loro carico.

L'estensione della responsabilità penale ha consentito alla dottrina di argomentare addirittura una riduzione delle responsabilità del datore di lavoro, rispetto all'emergere di precisi obblighi, penalmente sanzionati, a carico degli altri soggetti coinvolti a vario titolo nell'attività d'impresa, secondo una logica di responsabilizzazione e cooperazione presente nella direttiva europea di cui il citato d.lgs n. 626/1994 e ora il d.lgs n. 81/2008 costituiscono attuazione.

Questo dovrebbe portare ad una rivalutazione degli ambiti e dei confini delle reciproche e rispettive responsabilità. Nulla di tutto ciò: si ritiene, infatti, che non vi sia obbligo o comportamento penalmente rilevante dei soggetti diversi dal datore di lavoro che non ricada, indirettamente, sotto l'obbligo di vigilanza e controllo del datore di lavoro. Quindi, an-

⁹ Cass., 40821/2008.

che laddove non vi è responsabilità diretta, la posizione di garanzia che grava sul datore di lavoro sposta l'imputazione dall'inadempimento degli obblighi all'omissione di controllo, conservando in tutti i casi la penale responsabilità del datore di lavoro.

In sostanza, è impossibile per il datore di lavoro esimersi da responsabilità, diretta o indiretta, il che avvicina ancora di più la sfera dell'obbligo ad una generalizzata rilevanza penale dell'organizzazione aziendale (definita colpa da organizzazione per riportarla a canoni di correttezza costituzionale), nel senso esattamente contrario a quanto richiesto dal giudice delle leggi con la sentenza n. 312/1996, di cui si dirà in seguito.

Come si è visto, seppure senza alcuna pretesa di esaustività, in tema di responsabilità penale del datore di lavoro per infortunio sul lavoro o malattia professionale, giurisprudenza e dottrina si interrogano da tempo senza riuscire a raggiungere una definitiva posizione che riesca a coniugare la libertà dell'iniziativa economica con la sicurezza dei lavoratori.

Il fondamentale rilievo correttamente assegnato al diritto alla salute non ha consentito finora di tratteggiare con sufficiente chiarezza e definitività la sottile linea di demarcazione tra la pretesa dell'ordinamento penalmente sanzionata ed il comportamento lecito dell'imprenditore ovvero la responsabilità esclusiva di altri soggetti.

Il riferimento alla prevenzione (quale regola di cautela) entra correttamente nella condotta ispiratrice delle libere scelte aziendali, ma il carattere indefinito dell'obbligo (e della sfera del penalmente rilevante), se non adeguatamente arginato, rischia di rendere penalmente rimproverabile l'intera organizzazione dell'impresa e tutti gli atti ad essa inerenti.

Del resto, questa è la logica della forzata estensione della disciplina prevista dal d.lgs. n. 231/2001 alle ipotesi di omicidio colposo o lesioni colpose commessi con violazione della normativa di antinfortunistica: solamente l'efficace adozione ed attuazione di un modello organizzativo consente di esimere da responsabilità l'impresa. Laddove, cioè, si dimostri che l'intera organizzazione era idonea ad evitare il fatto, che resta addebitabile esclusivamente all'agire fraudolento del soggetto apicale, nella stessa logica del comportamento abnorme ed imprevedibile.

Rimane da dimostrare come possa un modello organizzativo anticipare indefinite condotte colpose, cioè tenute contro la propria volontà, da soggetti normalmente non apicali, dei quali risponde, ancora una volta per mancato controllo, il soggetto apicale. Si torna, all'interno di un complesso sistema di regole, alla responsabilità per omessa vigilanza, senza quindi fare alcun passo in avanti ed anzi confermando la rilevanza pan-penalistica dell'agire aziendale.

Se si vuole ricondurre l'intero sistema sanzionatorio in materia di sicurezza sul lavoro a costituzionalità, occorre apporre un «tetto» all'indefinito obbligo contenuto nell'articolo 2087 del codice civile, che non limiti – si badi bene – la responsabilità dell'imprenditore, ma che presupponga

la violazione di regole certe, definite, conoscibili ed attuabili *ex ante*, e non rimesse alla libera determinazione dell'interprete *ex post*¹⁰.

Ed è proprio qui l'intima contraddizione presente nell'ordinamento: da un lato, non può negarsi validità all'istanza di chi pretende il rispetto della certezza dell'ordinamento, soprattutto in ambito penale, dall'altro, non si riesce a ridimensionare la richiesta di chi vuole giustamente assegnare alla sicurezza sul lavoro una valenza tendenzialmente infinita, nel condivisibile presupposto della incomprimibilità del diritto alla salute.

In dottrina si rileva giustamente che uno degli aspetti fondamentali del concetto di causalità è che i suoi tratti essenziali vanno misurati sul terreno dei principi costituzionali di responsabilità penale per fatto proprio o personale (art. 27, comma 1, Cost.) e di legalità o tipicità oggettiva degli elementi costitutivi del fatto-reato (art. 25, comma 2, Cost.), intesa, quest'ultima, nel senso sia di tassatività, precisione e determinatezza delle fonti di responsabilità, che di obbligo di una puntuale descrizione da parte del legislatore, secondo una dimensione empiricamente apprezzabile, del fatto criminoso, che risulti perciò suscettibile di essere concretamente accertato e provato nel processo, sulla base del sapere esperienziale e scientifico.

E proprio la carenza di questo sapere scientifico appare determinante nella ricostruzione causale della colpa, particolarmente laddove al grado di evoluzione tecnologica si attribuisca la valenza di elemento fondante il parametro ed il limite della colpa.

Soprattutto per i delitti di evento più gravi (omicidio e lesioni), le modalità di ricostruzione del rapporto di causalità tra condotta ed evento incidono sul grado di protezione che l'ordinamento penale è in grado di assicurare ai beni-interessi di rilievo costituzionale della vita, dell'incolumità individuale e dell'incolumità pubblica, con riguardo a fenomeni di estremo rilievo sociale (si pensi alle alterazioni ambientali, alle attività medico-chirurgiche, agli infortuni sul lavoro), tra i quali un rilievo estremo è assunto, per il loro progressivo aumento (anche in relazione a nuove tipologie di lavoro), dalle malattie professionali.

Per questi reati, alla complessità della fattispecie – per cui si esige la spiegazione degli sviluppi causali di fenomeni naturali, fisici, chimici, biologici, tecnologici – fa talora da contrappunto un più o meno ampio defi-

¹⁰ Ben possono, a questo proposito, richiamarsi le prudenti parole del Presidente della Repubblica in ordine alla legge recante «Disposizioni sulla pubblica sicurezza»: «La formulazione, la struttura e i contenuti delle norme debbono poter essere «riconosciuti» (Corte costituzionale, n. 364 del 1988) sia da chi ne è il destinatario sia da chi deve darvi applicazione. Il nostro ordinamento giuridico risulta seriamente incrinato da norme oscuramente formulate, contraddittorie, di dubbia interpretazione o non rispondenti ai criteri di stabilità e certezza della legislazione: anche per le difficoltà e le controversie che ne nascono in sede di applicazione».

cit di conoscenze scientifiche in ordine ai reali meccanismi di causazione dell'evento medesimo, sicché la contrastata attendibilità della base cognitiva mette in crisi la certezza probatoria della decisione giudiziaria.

Per altro verso, per i reati omissivi – quali sono quelli in tema di sicurezza sul lavoro – l'orientamento più autorevole, pur prendendo atto della peculiarità concettuale dell'omissione rispetto all'azione, contesta decisamente che il grado di certezza necessario ai fini della sussistenza del nesso di derivazione causale nei reati omissivi sia inferiore rispetto a quello che si richiede in tema di causalità commissiva.

Lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre il giudizio controfattuale, la cui formula dovrà rispondere al quesito se, una volta sostituito mentalmente il mancato compimento dell'azione doverosa con un ipotetico comportamento doveroso, l'evento lesivo verificatosi sarebbe, o non, venuto meno, alla luce dal sapere scientifico del tempo.

Più in particolare: un'azione è causa di un evento se non può essere mentalmente eliminata senza che l'evento venga meno o si verifichi con modalità diverse. La condotta deve costituire quindi una condizione cosiddetta necessaria (contrapposta alle condizioni cosiddette sufficienti) per il verificarsi dell'evento.

Si faccia il caso del comportamento del lavoratore che, in violazione delle disposizioni di legge, di quelle impartite dal datore di lavoro e di quelle suggerite dalla tecnica o dall'esperienza, volontariamente tenga un qualsiasi comportamento che è riconoscibile dallo stesso come pericoloso e che provoca un infortunio: se è legittimo affermare in via presuntiva che la vigilanza del datore di lavoro avrebbe evitato l'infortunio, il comportamento del lavoratore rimane sempre indifferente al processo causale di determinazione dell'evento. Se, invece, si applica la regola sopra detta, eliminando mentalmente il comportamento illecito del lavoratore si arriva alla conclusione che l'evento non si sarebbe determinato, con conseguente soluzione del nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l'evento.

Il tutto, secondo canoni di sufficiente certezza e non di probabilità statistica, pena la grave violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa e della garanzia di responsabilità personale (art. 25, 1° e 2° co., e 27, 1° co., Cost.), per essere attribuito all'agente come fatto proprio un evento «forse» e non «certamente», cagionato dal suo comportamento¹¹.

La causalità nei reati omissivi, giustificata in base ad una ricostruzione logica e non in base ad una concatenazione di fatti materiali esistenti nella realtà ed empiricamente verificabili, costituisce una causalità costruita su ipotesi e non su certezze. Si tratta quindi di una causalità ipotetica e nor-

¹¹ Cass., S.U., n. 30328/2002.

mativa, fondata, come quella commissiva, su un giudizio controfattuale alla quale si fa ricorso per ricostruire una sequenza che però, a differenza della causalità commissiva, non potrà mai avere una verifica fenomenica che, invece, nella causalità commissiva è spesso (non sempre però) verificabile.

In estrema sintesi, secondo l'insegnamento ancora attuale delle Sezioni Unite¹², rimane essenziale attingere quel risultato di «certezza processuale» che, all'esito del ragionamento probatorio, sia in grado di giustificare la logica conclusione che, tenendosi l'azione doverosa omissa, il singolo evento lesivo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe inevitabilmente verificato, ma (nel quando) in epoca significativamente posteriore o (per come) con minore intensità lesiva.

Il procedimento logico deve condurre alla conclusione – caratterizzata da un alto grado di credibilità razionale, quindi dalla certezza processuale – che, esclusa l'interferenza di decorsi alternativi, la condotta omissiva dell'imputato è stata condizione 'necessaria' dell'evento, attribuibile per ciò all'agente come fatto proprio.

Ex adverso, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio, fondato su specifici elementi che in base all'evidenza disponibile lo avvalorino nel caso concreto, in ordine ai meccanismi sinergici dei plurimi antecedenti (ossia sulla reale efficacia condizionante della singola condotta omissiva all'interno della rete di causazione), non può non comportare l'esito assolutorio.

4. I confini della responsabilità penale del datore di lavoro

Sui confini della responsabilità penale del datore di lavoro in relazione all'evoluzione tecnologica si è pronunciata anche la Corte costituzionale, senza però riuscire (per gli interessi in gioco e per l'ambito penale nel quale si muove) a delimitare finalmente il penalmente rilevante dal lecito: il riferimento è alla nota, quanto inattuata e contrastata, sentenza n. 312/1996.

L'art. 41 della Costituzione e il pregnante dovere, che da esso è desumibile, di protezione dei lavoratori, potrebbe pretendere dall'imprenditore comportamenti assai pressanti, giustificando una legislazione che assegni all'impresa il compito di realizzare innovazioni finalizzate alla sicurezza, nella quale il ruolo di impulso fosse assegnato al giudice civile ed alla pubblica amministrazione.

Ma, evidenzia la Corte, la scelta di sanzionare penalmente, con una norma generale e onnicomprensiva, tutte le fattispecie in cui l'imprenditore si sottragga a questo ruolo, ha di necessità il suo contrappeso costituzionale, che è dato dall'esigenza di restringere, in una interpretazione

¹² Cass., S.U., n. 30328/2002.

costituzionalmente vincolata, le potenzialità della disposizione, per non vanificare il canone di determinatezza della fattispecie penale.

In dottrina, a commento della sentenza, è stato autorevolmente affermato che «non pare proprio infondato ritenere che l'intervento interpretativo della Corte abbia una portata assai più ampia e fortemente incidente sulla stessa recente normativa di sicurezza (d.lgs. n. 626/1994) la quale affianca a prescrizioni estremamente analitiche e dettagliate prescrizioni eccessivamente generiche, o comunque non interpretabili che sembrano anch'esse, al pari della disposizione censurata, caratterizzate più dalla pre-determinazione dei fini che i destinatari dei precetti devono raggiungere che dalla individuazione di condotte concretamente esigibili»¹³.

Non risulta che questa restrizione sia mai stata operata, se nel 2008 si supera la scarna «difesa d'ufficio» (così in dottrina) del carattere colposo della responsabilità del datore di lavoro affermando, quasi provocatoriamente, che, sul versante civilistico risarcitorio, solo la responsabilità oggettiva garantisce una certa efficacia dissuasiva dall'uso di mezzi o attrezzature pericolose, facendo gravare i costi degli incidenti sull'impresa che tali mezzi utilizza, anziché sui lavoratori o sui terzi danneggiati.

Non è andata meglio alla Corte di Giustizia europea che, con la sentenza 14 giugno 2007, causa C-127/2005, ha negato il contrasto tra l'ordinamento comunitario e la clausola dell'obbligo di adempiere agli obblighi di sicurezza «*nei limiti di quanto ragionevolmente praticabile*». La differenza tra la massima sicurezza tecnologicamente fattibile e il quanto ragionevolmente possibile è evidente¹⁴, ma non serve ancora a stabilire il discrimine tra lecito ed illecito.

Non ha avuto miglior fortuna la stessa Corte di Giustizia¹⁵ quando ha affermato che l'art. 2087 del codice civile italiano, offrendo agli interessati un grado insufficiente di chiarezza e precisione, finisce con il compromettere il diritto di questi ultimi a conoscere i diritti loro spettanti e ad avvalersene dinanzi ai giudici nazionali.

I giudici comunitari, richiamando il principio sopra ricordato, hanno criticato l'affermazione del governo italiano, secondo il quale, in materia di sicurezza, l'applicazione nell'ordinamento giuridico nazionale delle disposizioni della normativa ordinaria costituisce il livello minimo di

¹³ In *Giur. cost.*, 1996, 2582 ss.

¹⁴ In dottrina (LAI) si evidenzia che «al di là di una sempre possibile applicazione differenziata delle direttive comunitarie, che tenga conto delle specificità degli ordinamenti nazionali, troppo marcato appare il divario tra il principio della «*massima sicurezza ragionevolmente praticabile*» e quello della «*massima sicurezza tecnologicamente possibile*» per poter ritenere entrambi validi al fine del corretto recepimento della normativa comunitaria in materia. È un divario sul piano teorico che ha peraltro ricadute operative di non poco conto potendo dare luogo a pratiche di concorrenza sleale».

¹⁵ Sentenza 10 aprile 2003, causa C-65/01.

adempimento richiesto ai datori di lavoro, di modo che, al di sotto di tale livello, la condotta di questi ultimi integra una fattispecie di reato. Tale principio, secondo il Governo Italiano, sarebbe stato sancito dall'art. 2087 del codice civile italiano e sarebbe ripreso altresì dal decreto legislativo n. 626/94. Pertanto, la genericità delle disposizioni di quest'ultimo sarebbe solo apparente.

La Corte ha ritenuto che le disposizioni non recepissero in modo congruo la normativa europea, in quanto l'approccio prescelto dalle autorità italiane si risolverebbe nella predisposizione di un quadro normativo comprendente, da un lato, disposizioni specifiche e, dall'altro, principi di carattere generale che non garantiscono in modo chiaro e inequivoco il livello minimo di protezione voluto da quest'ultima (esattamente la stessa critica svolta dalla Corte costituzionale con riferimento alla tecnica normativa adottata in tema di rumore, caratterizzata ora da norme specifiche ora da norme volutamente generiche).

Più in particolare, è stato affermato che nessuna delle disposizioni nazionali a carattere generale, cioè gli articoli 2087 del codice civile, 4, n. 5, lett. b) del decreto legislativo n. 626/94 e 374 del d.p.r. n. 547/55, recepisce in modo sufficientemente chiaro e preciso le esigenze di sicurezza richiamate.

Se questa è la contestazione alle norme italiane, con particolare riferimento all'art. 2087 del codice civile e alla sua intersezione con la responsabilità penale delineata *ex art.* 40 del codice penale, è evidente la necessità di richiamare anche la Corte costituzionale con la fondamentale sentenza n. 364/1988.

Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella non colpevole e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto.

A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale o la tassatività delle leggi, quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto.

Il contrasto tra i principi di matrice costituzionale che fondano la punibilità della condotta dell'individuo evidenziati dalla Corte costituzionale e

l'applicazione di una responsabilità penale indiscriminata riaffermata sulla base della portata generica dell'articolo 2087 del codice civile, è evidente, sol che si ponga mente all'affermazione secondo cui l'obbligo comportamentale del datore di lavoro – conseguenza immediata e diretta della «posizione di garanzia» nei confronti del lavoratore in relazione all'obbligo di garantire condizioni di lavoro quanto più possibili sicure – è di tale spessore da consentire l'imputazione di responsabilità quando non abbia assicurato queste condizioni, pur formalmente rispettando le norme tecniche (questa, in particolare, l'affermazione non condivisibile).

Al di là dell'obbligo di rispettare le suddette prescrizioni specificamente volte a prevenire situazioni di pericolo o di danno, occorre infatti agire in ogni caso con la diligenza, la prudenza e l'accortezza necessarie ad evitare che dalla propria attività derivi un nocimento a terzi¹⁶.

Il superamento della tassatività non già verso prescrizioni sufficientemente delimitate, seppur indirettamente, ma verso indistinti ed indiscriminati obblighi di cautela, determina la violazione della conoscibilità della pretesa dell'ordinamento.

Il principio di riconoscibilità dei contenuti delle norme penali (implicito dagli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, della Costituzione), rinvia alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, che sia costituito da norme non numerose o eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di rilievo costituzionale e tali da esser percepite anche in funzione di norme extrapenali, di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare.

L'effettiva possibilità di conoscere la legge penale è, dunque, ulteriore requisito soggettivo minimo d'imputazione, che si ricava dall'intero sistema costituzionale ed in particolare dagli artt. 2, 3, primo e secondo comma, 73, terzo comma e 25, secondo comma, della Costituzione. Tale requisito viene ad integrare e completare quelli attinenti alle relazioni psichiche tra soggetto e fatto e consente la valutazione e, pertanto, la rimproverabilità del fatto complessivamente considerato.

Alla conoscibilità del precetto penale quale requisito soggettivo d'imputazione si affianca l'altro requisito della cosiddetta causalità della colpa¹⁷. Nei reati colposi, infatti, per poter addebitare un evento ad un determinato soggetto occorre accertare non solo la sussistenza del «nesso causale materiale» tra la condotta (attiva od omissiva) dell'agente e l'evento, ma anche la cosiddetta «causalità della colpa», rispetto alla quale assumono un ruolo fondante la prevedibilità e l'evitabilità del fatto.

¹⁶ Cass., 32286/2006.

¹⁷ Cass., 9045/2009.

In dottrina si è evidenziato che la responsabilità colposa non si estende a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione della norma, ma è limitata ai risultati che la norma stessa mira a prevenire. Compito del giudice, in proposito, per poter formalizzare l'addebito, è quello di identificare una norma specifica, avente natura cautelare, posta a presidio del verificarsi di un altrettanto specifico evento, sulla base delle conoscenze che, all'epoca della creazione della regola, consentivano di porre la relazione causale tra condotte e risultati temuti.

A ciò consegue che, ai fini dell'addebito, l'accadimento verificatosi deve essere proprio tra quelli che la norma di condotta tendeva ad evitare, realizzandosi così la cosiddetta «concretizzazione del rischio».

Peraltro, affermare, come fa l'articolo 43 del codice penale, che, per aversi colpa, l'evento deve essere stato causato da una condotta soggettivamente riprovevole, implica anche che l'indicato nesso eziologico non si configura quando una condotta appropriata (il cosiddetto comportamento alternativo lecito) non avrebbe comunque evitato l'evento.

Si può quindi formalizzare l'addebito solo quando il comportamento diligente avrebbe certamente evitato l'esito antiggiuridico o anche solo avrebbe determinato apprezzabili, significative probabilità di scongiurare il danno.

Il requisito della conoscibilità della norma penale e del comportamento vietato passa, nell'ambito dell'attività d'impresa, anche attraverso la definizione di ciò che, nell'ambito dell'organizzazione del lavoro, è fonte di rischio e cosa non lo è.

Sotto questo profilo, due momenti fondamentali nella ricostruzione degli obblighi datoriali sono rappresentati, da un lato, dalla ricordata sentenza n. 312/1996 della Corte costituzionale e, dall'altro, dalle sentenze con le quali Tar e Consiglio di Stato hanno stigmatizzato il tentativo dell'Inail di assegnare all'organizzazione del lavoro il carattere di fonte di rischio (o elemento di nocività assicurato).

Della prima sentenza si è già detto: quando una norma prevede un obbligo generico di attivarsi senza individuare un parametro preciso, i principi di tassatività e certezza impongono di delimitare non già l'obbligo ma la discrezionalità dell'interprete. Questo al fine di evitare che divenga penalmente sanzionata l'intera organizzazione imprenditoriale e non la singola violazione.

Esattamente nello stesso senso si è espresso il Consiglio di Stato, ribadendo ed ampliando una pronuncia del Tar in merito all'erronea ricostruzione del sistema assicurativo pubblico da parte dell'Inail. Secondo il giudice amministrativo, il criterio determinativo del rischio rimane connesso alla enucleabilità di un segmento del ciclo produttivo e non anche ad una fase dell'iniziativa imprenditoriale, che costituisce il presupposto immanente e generale dell'intera attività produttiva, qual è l'organizzazione del lavoro.

5. *Un nuovo approccio interpretativo: il limite del comportamento abnorme o esorbitante come limite della responsabilità del datore di lavoro*

La giurisprudenza ha da sempre individuato il limite della responsabilità del datore di lavoro nel comportamento abnorme o esorbitante del lavoratore.

Il principio ricorrente nelle pronunce è che il rapporto causale tra la condotta commissiva od omissiva del datore di lavoro e l'evento colposo occorso al lavoratore non è interrotto dal comportamento imprudente di quest'ultimo, salvo che tale condotta sia del tutto anomala ed esorbitante dal procedimento di lavoro al quale è addetto o si traduca nell'inosservanza di precisi ordini esecutivi o di disposizioni di sicurezza¹⁸.

Il comportamento, in questo caso, deve ritenersi del tutto anomalo tanto da escludere qualsiasi nesso di causalità materiale fra la mancata attuazione delle misure di sicurezza e l'evento¹⁹.

In linea con questa ricostruzione ermeneutica, è stato quindi affermato che quando risulti accertato l'errore grave del dipendente, a seguito di comportamento anormale, non potendosi ritenere sufficiente alcuna cautela atta a tanto scongiurare, deve giudicarsi non punibile il datore di lavoro, per inesigibilità di una condotta non obiettivamente prevedibile²⁰.

Altre volte, l'interpretazione è stata molto più rigorosa, nell'affermare che la condotta, seppure imprudente del lavoratore, non può mai assurgere a causa esclusiva dell'evento lesivo, quando vi sia stata da parte del datore di lavoro una violazione delle norme antinfortunistiche che abbia avuto efficienza causale con l'evento stesso²¹.

La tralaticia affermazione secondo cui le norme di prevenzione antinfortunistica mirano a tutelare il lavoratore anche in ordine ad incidenti che possano derivare da sua negligenza, imprudenza e imperizia, a nostro modo di vedere, non colgono propriamente la *voluntas legis* espressa nelle norme fondamentali in materia di sicurezza sul lavoro.

Se, infatti, da sempre i lavoratori (dirigenti e preposti compresi) sono destinatari di sanzioni penali per l'inosservanza delle norme in materia di sicurezza, l'affermazione della irrilevanza della loro condotta disattenta o disaccorta, irrispettosa delle norme e delle direttive del datore di lavoro non sembra francamente comprensibile.

Sul piano della cultura della sicurezza e della prevenzione, occorre responsabilizzare tutti i soggetti che cooperano nella sicurezza, individuando esattamente i doveri di ciascuno e le rispettive responsabilità.

¹⁸ Sez. IV, sent. n. 5035/1985; Sez. IV, sent. n. 12381/1986; Sez. IV, sent. n. 1484/1990; Sez. IV, sent. n. 9568/1991; Sez. IV, sent. n. 3510/1990.

¹⁹ Sez. IV, sent. n. 2172/1986.

²⁰ Sez. IV, sent. n. 11973/1988.

²¹ Sez. IV, sent. n. 11780/1987.

Un esempio classico di questa conseguenza non coerente con le logiche della prevenzione è rappresentato da quella giurisprudenza²² che afferma la irrilevanza del comportamento pur avventato, negligente, o disattento che il lavoratore pone in essere mentre svolge il lavoro affidatogli allorché si tratti di un comportamento connesso all'attività lavorativa o da essa non esorbitante e, pertanto, non imprevedibile.

Così, si finisce per affermare che è comportamento avventato, ma non esorbitante l'uso di un muletto, anziché di apposita scala, per farsi alzare ad una altezza di cinque metri per svolgere il lavoro affidato.

Spesso le norme di sicurezza che impongono al lavoratore di rispettare la normativa e le direttive del datore di lavoro mirano ad evitare comportamenti che sono palesemente rischiosi, e che chiunque saprebbe riconoscere come tali, a prescindere da un preciso obbligo. È il caso della fattispecie esaminata dalla sentenza sopra richiamata: non c'è certo bisogno di una previsione di legge o di una direttiva del datore di lavoro per rendersi conto che sostituire una scala con un muletto è operazione pericolosa, contraria a tutte le norme di sicurezza e, ancor prima, di buon senso. Per di più per essere sollevato ad una rilevante altezza da terra.

Ed allora, da un lato si nega che il comportamento possa avere rilevanza causale nel determinismo dell'infortunio, dall'altro si afferma che si tratta di un comportamento «prevedibile».

Ma anche questo orientamento non è univoco: altra giurisprudenza²³ ha ulteriormente sezionato la questione, affermando che il comportamento del lavoratore avventato ed esorbitante rispetto alle normali attribuzioni interrompe il nesso di causalità, ponendosi come serie causale autonoma rispetto alla precedente condotta del datore di lavoro che non abbia adempiuto a tutti gli obblighi che gli sono propri; invece, il comportamento pur sempre avventato del lavoratore posto in essere mentre è dedito al lavoro affidatogli e, pertanto, non esorbitante, può essere invocato come imprevedibile o abnorme solo se il datore di lavoro ha adempiuto tutti gli obblighi che gli sono imposti in materia di sicurezza sul lavoro, obblighi che mirano appunto ad evitare l'abnorme, l'imprevedibile e, pertanto, che il lavoratore per eseguire il proprio lavoro si avvalga di accorgimenti diversi da quelli imposti dalla legge o suggeriti dalla migliore ricerca.

Da ultimo, la giurisprudenza²⁴ è giunta a delle conclusioni apparentemente più chiare sul punto in questione.

Partendo dalla ricognizione della giurisprudenza di rigore della Corte di legittimità in tema di rilevanza della colpa del lavoratore ai fini e per

²² Sez. IV, sent. n. 12115/1999.

²³ Sez. IV, sent. n. 12115/1999; Sez. IV, sent. n. 47146/2005.

²⁴ Sez. IV, sent. n. 40821/2008.

gli effetti di escludere o no l'addebito di responsabilità a carico del datore di lavoro, la Corte ricorda il principio in forza del quale, di norma, la responsabilità del datore di lavoro non è esclusa dai comportamenti negligenti, trascurati, imperiti del lavoratore, che abbiano contribuito al verificarsi dell'infortunio. Ciò in quanto al datore di lavoro è imposto (anche) di esigere il rispetto delle regole di cautela da parte del lavoratore: cosicché il datore di lavoro è «garante» anche della correttezza dell'agire del lavoratore.

Per l'effetto, la colpa del datore di lavoro non è esclusa da quella del lavoratore e l'evento dannoso è imputato al datore di lavoro, in forza della posizione di garanzia di cui *ex lege* è onerato, sulla base del principio dell'equivalenza delle cause vigente nel sistema penale (art. 41 c.p., comma 1).

Per mitigare gli effetti del richiamato principio, vale peraltro il concorrente principio dell'interruzione del nesso causale, esplicitato normativamente dall'art. 41 c.p., comma 2, in forza del quale, facendosi eccezione proprio al concorrente principio dell'equivalenza delle cause, quella sopravvenuta del tutto eccezionale ed imprevedibile, in alcun modo legata a quelle che l'hanno preceduta, finisce con l'assurgere a causa esclusiva dell'evento.

In tal caso, anche la condotta colposa del datore di lavoro che possa essere ritenuta antecedente remoto dell'evento dannoso, essendo intervenuto un comportamento assolutamente eccezionale ed imprevedibile del lavoratore, finisce con l'essere neutralizzata e privata di qualsivoglia rilevanza efficiente rispetto al verificarsi di un evento, che, per l'effetto, è addebitabile materialmente e giuridicamente al lavoratore.

Per interrompere il nesso causale occorre, comunque, un comportamento del lavoratore che sia «anomalo» ed «imprevedibile» e, come tale, «inevitabile»; cioè un comportamento che ragionevolmente non può farsi rientrare nell'obbligo di garanzia posto a carico del datore di lavoro²⁵.

Si deve trattare, in altri termini, di un comportamento del lavoratore definibile come «abnorme», che, quindi, per la sua stranezza ed 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.

L'ipotesi tipica è quella del lavoratore che violi «con consapevolezza» le cautele impostegli, ponendo in essere in tal modo una situazione di pericolo che il datore di lavoro non può prevedere e certamente non può evitare.

Altra ipotesi è quella del lavoratore che provochi l'infortunio ponendo in essere, colposamente, un'attività del tutto estranea al processo produttivo o alle mansioni attribuite, realizzando in tal modo un comportamento «esorbitante» rispetto al lavoro che gli è proprio, assolutamente imprevedibile (ed evitabile) per il datore di lavoro (come, ad esempio, nel caso che

²⁵ Cfr., Sez. IV, 4 luglio 2003, Valduga; Sez. IV, 12 febbraio 2008, Trivisonno.

il lavoratore si dedichi ad un'altra macchina o ad un altro lavoro, magari esorbitando nelle competenze attribuite in esclusiva ad altro lavoratore; ovvero nel caso in cui il lavoratore, pur nello svolgimento delle mansioni proprie, abbia assunto un atteggiamento radicalmente lontano dalle ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenze comportamentali)²⁶.

6. *Conclusioni: la certezza del diritto, l'analisi dei comportamenti e degli eventi e la cultura della prevenzione*

La giusta preminenza della tutela della salute rispetto ad ogni altro diritto o interesse sta spostando progressivamente anche la responsabilità penale verso i lidi della imputazione oggettiva degli eventi lesivi dai quali la nostra Carta costituzionale l'allontana.

Non si ha coraggio di dire che il datore di lavoro e l'organizzazione della sua impresa sono penalmente responsabili di ogni evento lesivo che accade al lavoratore in quanto, con un controllo incessante e «pressante» (come richiede la giurisprudenza), questo sarebbe stato sicuramente evitato.

Dallo sforzo ricostruttivo traspare che l'indagine relativa alla causalità nei reati omissivi impropri si arresta di fronte all'improbabile giudizio di probabilità della responsabilità: se il datore avesse fatto formazione o informazione, il lavoratore che ha coscientemente evitato di indossare o agganciare la cintura di sicurezza, così cadendo nel vuoto, o che si è servito di un muletto per farsi sollevare anziché usare la scala messa a sua disposizione si sarebbe salvato?

Se il datore di lavoro, mentre molti provvedimenti di legge e regolamentari imponevano l'uso dell'amianto, avesse adottato le cautele all'epoca conosciute contro le polveri, avrebbe evitato la contrazione del mesotelioma da amianto (considerato che il legislatore ha messo al bando l'amianto nel 1992 e che ancora oggi non si sa se il mesotelioma derivi dalla inspirazione di una sola fibra ovvero presupponga un contatto prolungato con l'amianto)?

Nonostante l'indiscutibile riduzione del numero di infortuni, soprattutto quelli più gravi e mortali, il fatto che più del 50% degli infortuni mortali avviene sulle strade e per il rischio stradale e l'osservazione che l'Italia si colloca nella media europea quanto agli infortuni, le statistiche evidenziano che la maggior parte degli infortuni avvengono nelle aziende di uno specifico settore e che l'80% degli infortuni avviene per comportamenti scorretti. Questo dimostra che le azioni fin qui intraprese non sono sufficienti ad attaccare lo zoccolo duro dei mille morti ed azzerarlo.

²⁶ Cfr Sez. IV, 5 luglio 2004, Grandi; Sez. IV, 27 novembre 2002, Bosia; Sez. IV, 22 gennaio 2007, Pedone ed altri.

Anche il tragico ripetersi di infortuni mortali che accadono esattamente con le stesse modalità (cadute dall'alto in edilizia o morte per asfissia in ambienti confinati) dimostra che una buona normativa non basta. Occorre uno sforzo collettivo che si colloca sul piano della cultura della sicurezza, il quale presuppone quella certezza del diritto, oggi carente nell'impianto normativo del d.lgs n. 81/2008, alla base di una piena consapevolezza dei soggetti obbligati in ordine alle aspettative che l'ordinamento ripone in loro.

Un aspetto che può decisamente incidere in modo positivo sulla maturazione di questa consapevolezza è una reale e corretta distribuzione delle responsabilità, ciascuno per le proprie competenze ed attribuzioni, in alternativa all'attuale responsabilità sostanzialmente oggettiva del datore di lavoro, che si pone in evidente antitesi con la cultura del diritto (nella materia penale) e della sicurezza.

IL TIPO COLPOSO

di Carlo Enrico Paliero

Mi preme esprimere, anzitutto, apprezzamento per il metodo seguito nella ricerca, di cui in questo Convegno godiamo i frutti; un metodo non consueto nelle nostre discipline, ma di assoluto interesse, che richiede di verificare la *law in action* – il «diritto vivente», delle corti – senza limitarsi, come siamo soliti fare, alla *law in the books*. Si badi: non propendo per una visione neo-realistica, neo-giusrealistica per la quale il diritto coinciderebbe soltanto con la possibilità di prevedere come si pronunceranno gli organi giurisdizionali; è certo tuttavia che, soprattutto quando si esaminano temi come quello prescelto per l'attuale incontro di studi, non ci è consentito di trascurare la componente giurisprudenziale. Lo *Standpunkt* raggiunto nel settore della responsabilità penale nelle attività mediche e d'impresa costituisce anzi l'esempio *vivente*, per così dire, di come proprio un diritto penale *giurisprudenziale* – inteso, contrariamente al solito, in accezione non spregiativa, ma nobile – venga calato, addirittura, nella realtà giuridica formalizzata.

Si possono menzionare in proposito tre esempi specifici, che ricordo in questa sede anche perché attengono all'oggetto del nostro discorso.

- a) La *delega di funzioni*: è una invenzione giurisprudenziale – della Corte di Cassazione – che a distanza di anni è ora consolidata e recepita in un testo legislativo (il nuovo d.lgs. n. 81/2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro).
- b) L'*amministratore di fatto*: è il prodotto di una giurisprudenza, diciamo, di *parificazione* che, come rappresentanti della dottrina, abbiamo un po' tutti contestato (basti ricordare le prime autorevolissime censure di Cesare Pedrazzi al riguardo). Ma lo *Zeitgeist* ha, per così dire, *stabilizzato* legittimandola questa corrente interpretativa alle origini sospetta, visto che l'art. 2639 c.c. non fa altro che *formalizzare* le scelte compiute in tal senso dalle Corti.
- c) La *persona giuridica penalmente responsabile*: in questo caso il diritto delle Corti non promana *dall'interno* (dal sistema *nazionale*), bensì *dall'esterno* (dal diritto europeo di matrice segnatamente anglosassone, e dunque

per se geneticamente *giurisprudenziale*). Il modello di base, che il legislatore italiano ha poi dovuto implementare alla luce dell'art. 27 c. 1 Cost. per arrivare al d.lgs. n. 231/2001, deriva infatti dal *principle of identification* tra persona giuridica e persona fisica, tipico dell'ordinamento di *common law*. In tale contesto, il principio in parola si è formato proprio come diritto delle Corti per ragioni tipiche del sistema dei formanti in quell'ordinamento, ma poi si è diffuso in tutta Europa con i soli correttivi richiesti dall'adattamento di un costrutto di matrice giurisprudenziale alle singole realtà locali e nazionali, prevalentemente orientate sul formante legislativo.

Un sincero apprezzamento, dunque, per l'opzione di metodo alla base della ricerca, che incarna un vero e proprio mutamento di paradigma nei nostri studi penalistici e che ho potuto puntualmente verificare nelle varie relazioni, oggetto oggi di discussione. Una direttrice di indagine che ritengo di dover incoraggiare e sulla quale è, a mio avviso, indispensabile proseguire.

Vengo ora ad alcune riflessioni su una parte dei temi trattati.

Mi ricollego anzitutto a un *topos* centrale che ha permeato l'intera riflessione di questo Convegno, e cioè al concetto di *rischio*, che intendo però esaminare da una prospettiva particolare: le diverse tematiche affrontate sinora sono orientate essenzialmente sulla *responsabilità colposa* e, nello specifico, sulla *responsabilità colposa di soggetti qualificati*. Come chiave di lettura per indagare il concetto di rischio suggerisco, pertanto, di assumere la *connessione tipica* della nostra materia, e cioè la connessione fra i tre momenti della *causalità*, della *posizione di garanzia* e della *colpa*.

Ho provato a riflettere su come tale sequenza – che è, ovviamente, una sequenza *classica* e *fondamentale* della teoria del reato – sia stata in qualche misura condizionata, da un certo periodo in poi, *dal concetto di rischio*, comunque lo si voglia definire (e le difficoltà di definizione in proposito sono state messe in luce anche oggi da Alberto Di Martino): un concetto che è diverso dalla più 'comune' nozione di pericolo, che ha una propria storia sia dogmatica, sia sociologica, sia sistemica, e sul quale non fornisco definizioni, dandole per acquisite.

Mi chiederò, dunque, in che misura il concetto di rischio abbia influito sui diversi passaggi della sequenza che governa la materia in esame; e quale funzione l'irruzione di questo nuovo concetto abbia esplicato al cospetto del diritto penale classico.

Analizzerò poi, in estrema sintesi, e in connessione con il referente appena evocato, le tre strutture imputative (*causalità* – *Garantenstellung* – *colpa*) che ho citato all'esordio.

Prendo dunque le mosse proprio dal tipo di influenza che l'elemento 'rischio' ha esercitato sulla scansione in questione: il tipo di influenza varia a seconda dei momenti; è un'influenza che può essere *negativa* oppure

positiva, nel senso che in alcuni settori è da porsi fra le poste passive, come *costo* dell'operazione ermeneutica, e in altri settori invece si iscrive fra le poste attive, come *valore aggiunto* dell'interpretazione sistematica.

Ciò che è significativo, a mio parere, è che dottrina e giurisprudenza tendono ora finalmente a convergere sulle valutazioni di fondo: su quali siano cioè le ricadute negative e quali le ricadute positive del fattore rischio sul giudizio di responsabilità penale.

1. Seguendo questo filo rosso, partirò dalla *causalità*. In realtà, ho pochissime considerazioni al riguardo, dato che il magistero della Corte di Cassazione ci ha portato molto avanti e su terreni ormai sicuri con riferimento alla ricostruzione di questo fondamentale istituto penalistico. Mi preme però segnalare due aspetti problematici, *rectius* procedere a due affermazioni, attraverso le quali intendo prendere le distanze da alcune posizioni recentemente espresse in seno alla scienza penalistica.

Prima affermazione: sul terreno del rapporto di causalità il concetto di rischio non deve avere cittadinanza.

L'introduzione del concetto di rischio, di «aumento del rischio», di «valutazione del rischio» in quest'ambito produce effetti solo perversi e non virtuosi. In fondo, attraverso un *iter* tormentato, la Corte di Cassazione è approdata in sostanza a simili conclusioni, ma occorre vigilare affinché non si torni indietro. E tale ammonimento è rivolto, in primo luogo, alla dottrina. Occorre arginare con fermezza i tentativi di distinguere, di nuovo, tra fattispecie commissive ed omissive e, in particolare, tra *causalità commissiva* e *causalità omissiva*, assegnando alla seconda lo schema del (mero) aumento del rischio. Simili letture minacciano di disperdere la cultura giuridica elaborata dalla Corte di Cassazione e di far arretrare di quarant'anni la scienza penalistica, in quella «notte concettuale» nella quale «tutte le vacche sono nere» e non è più possibile distinguere, in ultima analisi, tra reati di evento e reati di pericolo. Con tutti i suoi limiti, la sentenza Franzese ha abbandonato questo terreno, pur deviando – per così dire, tatticamente – sul versante processuale, con una mossa che, come studiosi, non ci appaga definitivamente; ma è stata una scelta per risolvere, quanto meno, una parte del problema segnando un punto fermo che non deve essere rimesso in discussione.

Seconda affermazione: la causalità dell'azione e la causalità dell'omissione si ricostruiscono secondo il medesimo standard (criterio) di giudizio.

Percepisco emergere più in dottrina, forse, che nell'ultima giurisprudenza la tendenza a introdurre una diversità di paradigmi tra causalità commissiva e causalità omissiva, riservando alla seconda un regime di accertamento meno rigoroso. È una linea interpretativa assolutamente da respingere. Non ho mai negato che tra causalità dell'azione e causa-

lità dell'omissione vi sia una differenza *di struttura*; il criterio e il rigore dell'accertamento sono però *identici* nei due casi. E mi piace ricordare che a questa mia tesi ha da ultimo consentito, dopo un parziale *révirement*, l'alto magistero di *Federico Stella*, in uno dei Suoi ultimi scritti.

Non è dunque corretto, a mio avviso, sostenere, ad esempio, che il criterio dell'alta credibilità razionale nell'individuazione di ipotesi alternative – come fattore che neutralizza l'accertamento inducendo un dubbio ragionevole – paralizzerebbe l'affermazione della causalità solo nella fattispecie commissiva e *non* nella fattispecie omissiva. La Corte di Cassazione, infatti, non ha introdotto simile distinzione e non sembra l'abbia neppure pensata! Per chiarezza concettuale, dunque, è necessario abbandonare una simile opzione argomentativa: tra causalità dell'azione e causalità dell'omissione la differenza risiederà, casomai, nell'individuazione delle ipotesi alternative, che nell'alveo della prima si giocherà essenzialmente sul piano naturalistico, mentre nell'alveo della seconda sarà di tipo squisitamente normativo, trattandosi di individuare una ipotesi alternativa di descrizione dell'*impeditività* dell'evento; dal punto di vista strettamente *euristico* – *i.e.* di *valutazione* dell'ipotesi ricostruttiva del fatto – non è invece consentito introdurre alcuna differenziazione e tra le due *varianti* di causalità deve vigere, sotto tale profilo, *criteriologico*, un regime di *parificazione assoluta*.

2. Il secondo segmento della sequenza è costituito, nel mio ragionamento, dalla *posizione di garanzia*. Preciso in via preliminare che privilegerò nella mia analisi il ruolo tipizzante della posizione di garanzia, pur essendo ovviamente consapevole che il settore prasseologico esaminato dal Convegno comprende fattispecie tanto omissive quanto *commissive*. Focalizzando il discorso sulla posizione di garanzia desidero però sottolineare che *in entrambi i casi* l'interprete del diritto penale è chiamato a misurarsi con *situazioni*, nelle quali risulta determinante, per la ricostruzione della responsabilità, la *funzione*, il *ruolo*, in definitiva, la *posizione* ricoperta da uno specifico soggetto gravato di doveri di diligenza. Ed è proprio per tale ragione che è fin troppo facile – e spesso *comodo* – 'tradurre' ('trasporre') condotte commissive in speculari condotte omissive, o viceversa, a seconda dei costi e/o dei vantaggi che l'una piuttosto che l'altra ricostruzione del fatto induce sotto il profilo probatorio (la recente sentenza della Cassazione sul 'caso Pozzi' rappresenta un interessante test di questa propensione al tatticismo probatorio).

Proprio dall'esame dei risultati della ricerca presentata in questo Convegno ho potuto riscontrare che, a livello giurisprudenziale, la posizione di garanzia si dimostra nel nostro sistema sostanzialmente *ambivalente*: da un lato, essa costituisce il *perimetro normativo* che delimita il *rischio tipico*, ossia il rischio, *rispetto al quale soltanto* il soggetto qualificato potrà essere chiamato a rispondere; ma, dall'altro lato, la posizione di garanzia risulta decisiva – inevitabilmente – per la determinazione delle *regole cautelari* applicabili.

Simile ambivalenza fa crollare, appunto, le *barriere di contenimento* tra i diversi elementi del tipo colposo (per lo meno, del tipo *criminologicamente più caratteristico*) ed è all'origine dello *slittamento* dei piani dell'accertamento, sicché, in definitiva, nella prassi la prova di uno qualsiasi degli elementi basta a 'trascinare' con sé, surrettiziamente, anche la prova di tutti gli altri.

L'interazione tra posizione di garanzia e individuazione delle regole cautelari mi sembra significativa in particolare per il '*momento rappresentativo*' della colpa, ossia con riferimento al *know-how* fattuale, alle condizioni oggettive presenti al momento in cui la situazione di rischio tipico prende forma e che devono essere non solo *prevedibili* (e dunque *di regola rappresentate* dall'agente-modello – *in quanto 'modello'*), ma in alcuni casi addirittura *conosciute* dal soggetto, affinché su di esse possa radicarsi la posizione di garanzia e la regola cautelare che al soggetto stesso specificamente pertiene (si pensi, per tutte, alla necessaria conoscenza di un pregresso *rischio atipico* – come tale atto a neutralizzare il principio di affidamento –, indotto da un comportamento altrui pregresso nella 'catena' di posizioni di garanzia propria delle attività d'equipe e/o delle organizzazioni complesse).

È inevitabile che tale *snodo* – così centrale – del giudizio d'imputazione sia sottoposto a tensioni nel settore di responsabilità che stiamo esaminando, come dimostrano i risultati della ricerca presentata in questo incontro.

Un aspetto particolarmente delicato concerne la scelta degli strumenti per delimitare la posizione di garanzia e – quindi – le correlate regole cautelari, nonché, *a monte*, la fissazione dei *limiti* del *processo di formalizzazione* delle stesse. È un tema destinato ad acquisire rilievo crescente soprattutto al cospetto dell'ulteriore fenomeno – di recente emersione anche, ma non solo, nella giurisprudenza – della cosiddetta *auto-normazione* delle regole cautelari: una pagina nuova, sistemica del nostro diritto penale.

Tale fenomeno è facilmente rintracciabile nel nuovo Testo Unico sulla sicurezza del lavoro, nel quale il compito di auto-normazione è affidato allo stesso soggetto che dovrà essere destinatario delle regole da osservare: a lui dunque competerà il compito, l'onere, l'obbligo di determinare i termini del procedimento di valutazione dei rischi da cui le norme cautelari germoglieranno 'a cascata'. È durante tale procedimento che sono poste le basi per l'elaborazione delle regole cautelari ed un eventuale errore *del metodo* in sede di valutazione dei rischi si traduce in un'erronea definizione *del contenuto* delle regole cautelari stesse. Si può parlare davvero, in questo caso, di un'estrema – e probabilmente dal suo ispiratore insospettata – evoluzione di quel paradigma di *legittimazione attraverso procedimento* che Niklas Luhmann concepiva come pragmatica *Grundnorm* del complessivo sistema di organizzazione sociale mediante norme.

E ovviamente, un analogo esempio di auto-normazione è rappresentato dai modelli organizzativi volti a fondare/limitare la responsabilità penale della persona giuridica *ex d.lgs. n. 231 del 2001*: in un certo sen-

so, è l'ente che stabilisce le regole, rispetto alle quali sarà chiamato a rispondere o sarà giudicato esente da responsabilità.

L'auto-normazione delle regole si afferma indubbiamente come paradigma nuovo nel sistema ed è suscettibile di produrre conseguenze devastanti, anzitutto in termini di garanzie: al limite, un soggetto potrebbe essere comunque sollevato da ogni responsabilità, perché definisce lui stesso le regole a proprio uso e consumo; oppure potrebbe essere sempre soggetto a responsabilità sulla base della considerazione che lui stesso ha creato l'insieme di regole che poi non ha rispettato. Sarebbe una conseguenza paradossale, quasi una versione moderna della parabola della scelta dell'albero a cui Bertoldo doveva impiccarsi, ma senza la possibilità di vincere la partita con l'identico metodo dilatorio; ma, in ogni caso, ci troviamo di fronte ad una tematica che la giurisprudenza dovrà valutare forse con occhi nuovi e la dottrina approfondire, *in primis*, sotto il profilo dommatico.

3. E veniamo all'ultimo anello della catena imputativa, ossia ai profili della *colpa*. Su questo terreno il *rischio* svolge una funzione *non* negativa, ma neppure *positiva*; diciamo, sostanzialmente, *neutrale*.

Qui il rischio non è, infatti, né un *costo* né un *valore aggiunto* indotto dall'operazione ermeneutica, ma è *fisiologico* al giudizio di imputazione. Proprio dal terreno di coltura della colpa, ove il rischio vanta – come subito si preciserà – un legittimo diritto di cittadinanza, hanno preso d'altra parte abitualmente le mosse le 'fughe in avanti' nell'accertamento della responsabilità penale incentrate sulla translazione di questo elemento nel terreno, viceversa, ad esso estraneo, della causalità: quasi invocando, per così dire, una sorta di *proprietà transitiva*, tutta interna alla sistematica del reato, in virtù della quale gli elementi costitutivi di una categoria valgono anche per le categorie limitrofe.

Ma la neutralità del rischio si coglie anche sul piano del disvalore del reato colposo e, in particolare, del disvalore *d'evento*. Il fattore «rischio» è infatti coesistente alla responsabilità per colpa per quanto riguarda i presupposti *naturalistici* della medesima, mentre il giudizio d'imputazione si limita a introdurre uno spartiacque tra le forme *lecite* (cosiddetto *rischio consentito*) e le forme *illecite* di esposizione a rischio.

Il discrimine tra le une e le altre non dipende però dal *rischio in quanto tale*, posto che anche nell'ambito del rischio consentito – quale è quello rappresentato, per antonomasia, dalle cosiddette *attività pericolose socialmente utili* (ad esempio, la circolazione stradale, l'attività medico-chirurgica, ecc.) – il bene giuridico è alla mercé di un potenziale d'offesa, e negli stessi termini di gravità e/o approfondimento. Il discrimine tra forme lecite e illecite di esposizione a pericolo del bene tutelato dipende piuttosto – in sequenza – dall'*imposizione* di una regola cautelare come doverosa, dall'*inosservanza* della medesima e dal prodursi dell'evento quale *conseguenza dell'inosservanza* stessa: *i.e.* da grandezze *normative* che attengono, come noto, all'elemento della *condotta colposa*,

da un lato, e del *nesso tra colpa ed evento*, dall'altro lato, ma rispetto alle quali il rischio (nella sua essenza *naturalistica*) resta di fatto *impermeabile*.

Anche l'evento, non diversamente dalla condotta, nel reato colposo è associato a un disvalore non in quanto tale – ossia come mera traduzione in danno del potenziale d'offesa incarnato dal rischio – ma in quanto *colposo*, e cioè *conseguente* alla violazione della regola cautelare e punto finale della successione appena richiamata. Dunque, di nuovo, per gli aspetti normativi più che per quelli naturalistici in senso stretto.

Il riconoscimento della neutralità del rischio sul terreno del reato colposo consente, tra l'altro, di smascherare un artificio retorico molto comune non solo in giurisprudenza. Il menzionato spartiacque tra esposizioni al pericolo lecite e illecite è tradizionalmente ricondotto, infatti, ad una *differenziazione quantitativa* tra rischio consentito e rischio colposo: il secondo sarebbe cioè, per definizione, più elevato e pregnante del primo in quanto derivante dalla violazione della regola cautelare doverosa preposta, appunto, alla minimizzazione del rischio stesso. Si tratta, in realtà, di un approccio scarsamente fecondo dal punto di vista epistemologico, dal momento che il concetto di rischio *non* è di per sé *graduabile* oggettivamente e con precisione, se non nei limitati settori normativi nei quali la fattispecie incriminatrice – non d'evento, ma di pericolo astratto – s'impenna su un valore-soglia; al di fuori di questi, i tentativi di misurazione compiuti con l'ausilio di categorie come la «possibilità», la «mera possibilità», la «probabilità», ecc. dell'evento, restituiscono del rischio un'immagine dai contorni così sfumati e ondivaghi da risultare scarsamente utile – se non addirittura incompatibile – ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della norma penale.

Una volta chiarito il significato della sua neutralità, il ruolo del rischio nella fisiologia del giudizio di imputazione per colpa si coglie, a mio avviso, mettendo in stretta correlazione – per distinguerle – *causalità* e, appunto, *colpa*.

Come per altre tematiche, occorre anche qui focalizzare l'attenzione sulla ricostruzione del rapporto tra *base* del giudizio e *criterio* del giudizio nei due casi.

Su questo fronte voglio prendere una posizione che potrà sembrare eretica, e che si fonda sulle cinque seguenti proposizioni.

1. I termini della correlazione sono funzione della componente considerata (*base vs criterio*);
2. La base del giudizio di causalità e, rispettivamente, di colpa sono assolutamente *identiche*;
3. La criteriologia del giudizio di causalità e, rispettivamente, di colpa sono *diverse*;
4. Il giudizio di causalità è a base *totale ex post*;
5. Il giudizio di colpa è a base *totale ex ante*.

Dal quadro di sintesi così tratteggiato si ricava che sul terreno della colpa – a differenza che sul terreno della causalità – il concetto di rischio *deve* avere cittadinanza e che ad imporre simile conclusione è, in particolare, la *criteriologia* del giudizio di colpa.

In relazione alla *base del giudizio*, tra causalità e colpa intercorre un rapporto di *identità*, atteso che nell'una e nell'altra ipotesi l'accertamento si fonda sui medesimi elementi *naturalistici*: la condotta, l'evento e il legame di implicazione tra l'una e l'altro. Nei due momenti della sequenza imputativa cambia però la *lente* attraverso la quale i menzionati dati fattuali sono presi in considerazione: la prospettiva *ex post* bandisce dal giudizio sulla causalità qualsiasi valutazione prognostica e dunque qualsiasi riferimento al rischio; nel giudizio sulla colpa, invece, il punto di vista è diametralmente opposto in forza dei meccanismi che sovrintendono alla tipizzazione della condotta *colposa* e del *nesso tra colpa ed evento* e nei quali i citati elementi naturalistici vengono riversati e rilette.

Nel processo di tipizzazione della *condotta colposa*, il dato fattuale costituito dal comportamento tenuto in concreto dall'agente è infatti messo in correlazione con la *regola cautelare* e con il punto di vista prognostico (*ex ante*) che la contraddistingue. Tant'è che la condotta colposa è, per definizione, associata ad un *rischio* per il bene tutelato, qualificato *ex lege* – e al di là del relativo *gradiente* – come *non* consentito.

Ma il concetto di rischio rappresenta altresì il perno del processo di tipizzazione del nesso tra colpa ed evento, che si sostanzia – come noto – nella cosiddetta *copertura del rischio tipico*: sul presupposto che il dato naturalistico rappresentato dalla condotta è, per il diritto penale, *causa* del dato fattuale costituito dall'evento (giudizio di causalità), il nesso tra colpa ed evento *aggiunge* che l'evento concreto *realizza* il rischio *specifico* della condotta *colposa*; affermazione, alla quale può pervenirsi solo adottando una prospettiva *ex ante*, che isola nella condotta il *potenziale* d'offesa.

In breve:

- a) Trova conferma da un lato l'acquisizione dommatica secondo cui il tipo colposo ha piena autonomia strutturale, è 'per il 90%' (se non più) normativamente orientato, e ha contenuto essenzialmente oggettivo.
- b) I singoli elementi costitutivi del tipo colposo si caratterizzano conseguentemente, fatta eccezione per la causalità, in modo differenziato ed indipendente rispetto ai corrispondenti, soltanto analoghi (se non addirittura solo semanticamente coincidenti) elementi costitutivi del tipo doloso d'evento.
- c) All'interno di tale catena di elementi, l'unico esclusivamente *proprio* e *specifico* del fatto colposo è appunto il *rischio*, segnatamente se considerato sotto il profilo della sua *adeguatezza* (sociale); in quanto non ubiquitario, all'interno della struttura del reato concepito come *categoria*, il rischio deriva il suo statuto dalla *regola*, sua *fonte di legittimazione* normativa, ma, al contempo, suo *antidoto* sociale.

IL VOLTO E LA 'FORMALIZZAZIONE'
DELLE REGOLE CAUTELARI
NEI MODELLI DI PREVENZIONE DEL RISCHIO-REATO

di Carlo Piergallini

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dovere di auto-organizzazione dell'ente. – 3. I protocolli di gestione del rischio-reato: lineamenti. – 4. Il volto 'composito' delle cautele nelle organizzazioni complesse. – 5. Il contenuto delle cautele sostanziali e il problema della loro elaborazione. – 6. Il percorso verso la 'positivizzazione' delle cautele.

1. *Premessa*

A otto anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001, il tema della «società punita» continua a fomentare interessanti riflessioni, vuoi di natura squisitamente sistematica e politico-criminale¹, vuoi sul terreno, più squisitamente 'pratico', dei criteri di elaborazione del Modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato, di cui agli artt. 6 e 7 del decreto. Questo intervento si colloca nell'ambito di questo secondo filone, con l'intento di richiamare l'attenzione sulla struttura e la funzione delle «cautele», che integrano il Modello (e i protocolli di gestione del rischio-reato, ad esso allegati), e, soprattutto, sul problema della loro *tenuta* al cospetto del giudice, profilo, questo, che tanto allarma gli enti chiamati ad autoregolamentarsi in vista della prevenzione del rischio-reato. La circostanza che, sul piano delle fonti, il Modello risulti completamente 'autonormato' alimenta una diffusa sensazione di 'malessere' da parte degli enti: la costruzione del Modello impone di mobilitare risorse e 'saperi', ma il suo confezionamento sconta il timore dell'imprevedibilità e dell'insuccesso dinanzi all'interlocutore più temuto, il giudice penale. La spia di questo disagio si era, per vero, manifestata già in sede di redazione del decreto: il riconoscimento in capo alle associazioni categoria del potere di implementare codici di autodisciplina (vedi art. 6,

¹ Particolarmente elegante e stimolante, su questa versante, la recente riflessione di PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.

comma 3, d.lgs. cit.) era evidentemente diretto a ‘guidare’ la costruzione del nuovo sistema preventivo, da esibire al giudice come un prodotto non estemporaneo ma ‘formato’ per ‘deduzione’, ossia procedendo dal ‘generale’ (dal prodotto, cioè, licenziato dalle associazioni di categoria) al ‘particolare’ (con un giudizio di adattamento alla realtà del singolo ente). Tuttavia, la disposizione – come era facilmente prevedibile – non ha in alcun modo attenuato i timori: di qui, le ricorrenti richieste al legislatore di indicare percorsi di autoregolamentazione *a prova di giudice*, capaci, cioè, di vincolarne l’apprrezzamento sul terreno dell’idoneità e dell’effettività del Modello.

Si tratta, allora, di saggiare se queste esigenze risultino ragionevoli o se, per contro, tradiscano l’obbiettivo di reclamare una *compliance* immune da rischi interpretativi, che finirebbe per incardinare un privilegio ad oggi sconosciuto per le persone fisiche che esercitano attività lecite rischiose per i beni giuridici.

Per provare a sciogliere questo interrogativo, è necessario, dapprima, interrogarsi sull’orditura delle regole cautelari nelle organizzazioni complesse, e, successivamente, sul loro possibile processo di ‘formalizzazione’.

2. Il dovere di auto-organizzazione dell’ente

Per poter esprimere *decisioni*, l’organizzazione, come sistema ‘artificiale’ – a differenza di un sistema naturale, che semplicemente *esiste* – deve, a sua volta, *organizzarsi* (*organizzazione della organizzazione*). Il principale vantaggio che deriva dall’agire organizzato è infatti da intravedere nella formazione di una «*metacompetenza*» *superiore alla somma delle competenze degli individui*: il gruppo, rispetto ai singoli componenti, possiede, di norma, maggiori informazioni e conoscenze, la capacità di proporre soluzioni alternative e una più accentuata condivisione degli obbiettivi (cosiddetto ‘effetto esponenziale’ del fenomeno organizzativo). Per contro, un organismo *disorganizzato* resta in balia dei rischi decisionali, si abbandona all’incertezza, manifestandosi incapace di contenere le ‘irritazioni’ che si scaricano sul sistema².

Questo aspetto, relativo al fenomeno dell’*organizzazione dell’organizzazione*, funzionale al contenimento dell’incertezza, assume un *ruolo centrale* ai fini della nostra analisi. Aiuta, infatti, a comprendere che anche il problema della *prevenzione del rischio-reato*, negli enti collettivi, *non è tanto un problema di persone*, ma soprattutto di *organizzazione della organizzazione*.

² Su questi aspetti, cfr. PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 3/2006, 167 ss.

Il d.lgs. n. 231/01 rappresenta, nel nostro ordinamento, il primo serio tentativo di disegnare la fisionomia di un simile obbligo organizzativo nell'ambito della *societas*, sia pure con diverse tonalità. Basta richiamare le disposizioni che rivestono un ruolo costitutivo nelle dinamiche imputative della responsabilità: negli artt. 6 e 7, si parla espressamente di *modelli di organizzazione e di gestione* deputati a contenere il rischio di commissione di alcune specifiche tipologie di reato. Norme che prefigurano il contenuto e le condizioni di validità di simili modelli e che costituiscono una dichiarata invasione, di matrice tecnocratica, nel tessuto della prassi organizzativa degli enti, allo scopo di piegarla verso il rispetto della legalità.

Emerge, così, che un'attività di impresa, che può porre a repentaglio i beni giuridici, deve diventare 'organizzata' proprio perché 'complessa', vale a dire perché vede all'opera una pluralità di individui, dispersi in una molteplicità di apparati.

Quali sono, dunque, i contenuti del dovere di organizzazione?

- a) Il *primo contenuto* del dovere di organizzazione per la persona giuridica consiste nella *predisposizione di una griglia capillare di garanti*, collocati nelle diverse fasi del processo decisionale e produttivo. L'oggetto della garanzia dipenderà dalla tipologia di funzione svolta: così, chi è collocato in posizione apicale assicurerà, prima di tutto, l'adozione di un modello organizzativo che consenta un'adeguata protezione ai beni giuridici tutelati dalle norme penali; scendendo ai 'piani' inferiori, la garanzia si concretizzerà in rapporto al tipo di funzione (di direzione, di controllo, di consulenza, di preposizione, ecc.) in concreto esercitata.
- b) Così come denota una capacità di commettere reati, l'ente può trovare al suo interno le risorse per forgiare *dispositivi di autorinforzo* che, agendo sul versante dell'intelaiatura organizzativa, si rivelino idonei a minimizzare il rischio-reato e ad innescare un ciclo virtuoso in direzione del rispetto, *continuo*, della legalità. Vengono, dunque, in rilievo i cosiddetti *modelli di prevenzione del rischio-reato*, autentico *supporto materiale* del dovere organizzativo. Quest'ultimo, ben lungi dal risolversi in un indistinto obbligo di sorveglianza e di controllo, deve tradursi in *regole autonomate*. In una sorta di *circolo maieutico* (*auto-maieutico*), l'ente (*rectius*, materialmente, il suo vertice aziendale) cristallizza un vero e proprio programma di autodisciplina deputato a: 1) *mappare le aree* in cui è più radicato il *riskio-reato*; 2) riconoscere le *modalità operative* attraverso le quali in modo più ricorrente vengono commessi illeciti ed *individuazione dei soggetti* più esposti al rischio (soggetti apicali, *middle management*, dipendenti, soggetti legati all'ente da rapporti di collaborazione o di parasubordinazione); 3) *individuare regole cautelari* orientate a sradicare o minimizzare il rischio-reato; 4) predisporre

adeguati *meccanismi di controllo* sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti; 5) prevedere un *sistema disciplinare* rivolto a sanzionare i comportamenti devianti; 6) assicurare meccanismi che favoriscano la *scoperta/chiarimento degli illeciti*.

La predisposizione di un simile modello costituisce, a tutti gli effetti, un percorso organizzativo che ha, come compito principale, quello di conformare a sua volta l'agire organizzato perché privilegi, *continuativamente*, la scelta per la legalità.

3. I protocolli di gestione del rischio-reato: lineamenti

È risaputo che, nelle organizzazioni complesse, il potere decisionale fuoriesce dal dominio del singolo individuo e piega nel senso della *procedimentalizzazione*. Il protocollo di gestione del rischio-reato deve, perciò, prima di tutto, fotografare la procedimentalizzazione del sistema decisionale, sì che la sua articolazione deve necessariamente svilupparsi secondo la seguente sequenza:

1. fase dell'iniziativa: individuazione della funzione proponente – articolazione documentata della proposta – approvazione del superiore gerarchico;
2. fase del consiglio: parere sulla compatibilità legale, amministrativa e contabile della proposta, da richiedere alle competenti aree;
3. fase dell'approvazione: decisione (positiva o negativa) sulla proposta da parte del direttore della funzione o del vertice societario;
4. fase dell'esecuzione: esecuzione della decisione – controllo sull'effettività dell'esecuzione – archiviazione formalizzata del procedimento.

I protocolli hanno, come obiettivo strategico di fondo, quello della *cautela*, cioè l'apprestamento di *misure idonee a ridurre, continuativamente e ragionevolmente, il rischio-reato*. I protocolli devono, perciò, contenere *regole comportamentali ed operative* munite di *iper-descrittività*: devono essere, cioè, *altamente tassativi*. Mentre il Codice etico individua i principi, i protocolli devono tradurre, operativamente, tali principi in *'cautele' puntuali, concrete e orientate sul rischio da contenere*. Alla determinatezza si deve affiancare l'*efficace attuazione*, nel senso che lo strumento di prevenzione non deve risolversi in un supporto 'cartaceo', privo di vitalità. Questi due requisiti assumono un rilievo assolutamente strategico, se solo si pensa che il modello di prevenzione del rischio-reato presenta, nel d.lgs. n. 231, la caratteristica di essere *'opponibile' in giudizio*: nel caso dell'art. 6 (reati commessi da soggetti in posizione *apicale*), la prova, che incombe all'ente esibire, in ordine all'adozione e all'efficace attuazione del modello, ne fa

venire meno la responsabilità; analogamente, *in sede cautelare*, l'adozione del modello, unitamente ad altre condizioni, determinano l'inapplicabilità delle sanzioni interdittive cautelari (art. 45); non basta: l'adozione ed efficace attuazione del modello, *post delictum*, assolvono ad una significativa funzione riparatoria; infine, nell'art. 7 (reati commessi da soggetti *subordinati*), l'adozione e l'efficace attuazione del modello costituiscono il parametro di valutazione della *diligenza organizzativa* dell'ente. La circostanza, dunque, che si tratti di strumenti di prevenzione da riversare nel processo enfatizza ancora di più le istanze di iper-tassatività della cautela e l'effettività della stessa. Queste esigenze si traducono:

- a. nella *effettiva regolamentazione del processo*, vale a dire nella *predeterminazione delle scansioni deputate alla concretizzazione della pretesa cautelare* e nella *individuazione dei soggetti che hanno il presidio della funzione*, per competenza ed immediatezza, *inevitabilmente distinti per ruoli in omaggio al principio di segregazione delle funzioni*;
- b. nella *specificità e dinamicità* del protocollo, laddove il primo requisito evoca la sua aderenza sostanziale rispetto al rischio da contenere: vi deve, cioè, essere una *connessione di scopo tra la regola cautelare e il tipo di rischio (a sua volta ben determinato) che si intende ridurre*; il secondo requisito mette capo all'*adeguatezza diacronica* del protocollo, cioè alla necessaria *prontezza del suo adeguamento*, in ragione sia della presenza di segnali di insufficienza operativa che dell'insorgenza di modifiche strutturali e strategico-operative dell'ente, che impongano di ridisegnare (adeguandole sollecitamente) le modalità della cautela;
- c. nel garantire la *completezza dei flussi informativi*, che rivestono un ruolo assolutamente centrale sul versante dell'effettività della prevenzione;
- d. nell'*agevolare l'emersione delle violazioni*: non soltanto nelle loro forme più gravi (che si risolvono nella consumazione di un reato o in attività prodromiche alla sua realizzazione), ma anche di quelle che si traducono in una deviazione dalle regole di *compliance*;
- e. nella *documentazione formale* delle attività concernenti il protocollo e nella loro corretta *archiviazione*;
- f. nel *monitoraggio e controllo di linea*, da esercitare in modo concomitante e contestuale ad un primo livello dagli operatori che intervengono sul processo e dal responsabile del processo: dunque, ricorso al presidio e all'osservazione diretta, applicazione delle procedure e delle verifiche di conformità, controlli automatici ed informatici, visti ed autorizzazioni, controlli incrociati di più addetti, ecc.; peraltro, l'effettività del controllo di linea è correlata all'inesistenza di meccanismi che ne condizionino l'attendibilità: in particolare, oltre alla necessaria distinzione di ruoli tra controllore e controllato, bisogna evitare il rischio di condizionamenti 'impropri', che sono rintracciabili, per fare un esempio, ogni qual volta il controllo è esercitato da soggetti

che condividono con i controllati la medesima prospettiva retributiva, sia in termini di incentivazione che di disincentivazione;

- g. nella indicazione di un *responsabile del processo a rischio-reato*, secondo il requisito della *unicità* del preposto alla funzione: grava su questo soggetto anche il compito di dotare di una propria *evidenza* il processo a rischio-reato, allo scopo di far risaltare che si è al cospetto di una procedura che sollecita un'attenzione specialmente 'dedicata'; il compito principale di questa figura è, dunque, quello di garantire che il *sistema operativo funzioni*.

4. Il volto 'composito' delle cautele nelle organizzazioni complesse

Circa il piano della *progettazione delle cautele*, teleologicamente rivolte alla minimizzazione del rischio-reato, il loro *contenuto*, nell'ambito degli enti, rivela un ragguardevole tasso di *complessità*. Segnatamente, denota un *triplice contenuto*, che, a ben vedere, aderisce alla *costante* che marca la decisione aziendale: il fatto, cioè, di avere una *dimensione collettiva*, derivante dallo svolgersi nel contesto di un processo, che vede come protagoniste diverse unità funzionali, presidiate da una pluralità di soggetti. Di qui, la fondamentale distinzione tra:

- a. *cautela procedimentale*, in cui la riduzione del rischio è perseguita ed implementata dalle modalità con le quali viene scandita la decisione dell'ente: da un lato, occorre disegnare il meccanismo procedurale della decisione, distinguendo le diverse fasi che lo integrano; dall'altro lato, il processo decisionale deve ispirarsi al *principio di segregazione delle funzioni* tra coloro che svolgono fasi cruciali di un processo a rischio-reato, sì da evitare la concentrazione dei poteri e l'insorgenza di conflitti di interesse; breve: *questo tipo di cautela disciplina, in maniera altamente formalizzata, il modo attraverso il quale la decisione deve essere adottata*;
- b. *cautela sostanziale*, concernente il *contenuto della decisione a rischio-reato*, che viene conformato sul piano dell'*an*, del *quomodo* e del *quantum*, in diretta correlazione con il tipo di rischio da contrastare;
- c. *controllo*, che traduce l'esigenza di assicurare l'*adeguatezza e l'effettività della cautela*, con l'adozione di *meccanismi di supervisione* di primo grado, interni, cioè, al processo decisionale, e di secondo grado, operati da un organismo estraneo al processo decisionale.

È importante sottolineare che la riduzione del rischio-reato deve comportare la convergenza di queste tre tipologie di cautele, se intende corrispondere ai requisiti di adeguatezza e di effettività previsti dal d.lgs. n. 231/2001.

Nella *prassi*, tuttavia, *si tende molto spesso a privilegiare il profilo procedimentale della cautela*, nella convinzione che la segregazione delle funzioni

e la tracciabilità dei processi siano elementi sufficienti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente (art. 6, comma 2, lett. b). In realtà, occorre tenere fermo il principio che *il procedimento e la sua corretta scansione integrano solo una parte della cautela, ma non ne esauriscono il contenuto. Allo stesso modo, l'obiettivo della riduzione del rischio non può essere conseguito solo con il ricorso a cautele di tipo sostanziale, avulse da una regolamentazione del processo decisionale.*

Per comprendere appieno il rilievo strategico del triplice volto della cautela, non vi è nulla di meglio del *banco di prova della prassi*, passando brevemente in rassegna, ad esempio, i *protocolli* adottati da alcune società multinazionali per contrastare il *rischio-corruzione nel settore farmaceutico*. Un settore, questo, in cui vi è stata una autentica fioritura di procedimenti penali, presupposto della responsabilità dell'ente: allo stato, integrano la cifra criminologicamente più rilevante³.

Prima di proiettarci all'interno dei protocolli, è indispensabile svolgere qualche considerazione preliminare sulla fisionomia di questo rischio, che, come vedremo subito, presenta problemi di contenimento di non agevole soluzione, proprio a causa della sua morfologia.

La corruzione costituisce una delle forme più insidiose della criminalità economica, riconducibile al paradigma dei comportamenti 'elastici', economicamente orientati. In ambito farmaceutico, si tratta, prima di tutto, di sceverare le *costanti criminologiche* più significative. Bisogna, cioè, appurare: (a) qual è il *contesto* in cui tale rischio nasce e si sviluppa; (b) qual è la sua *morfologia*.

- a) Per quanto concerne il *contesto*, esiste una copiosa letteratura in ordine ai comportamenti criminali che 'marcano' questo settore industriale. Si può affermare che il rischio-corruzione percorre trasversalmente tutte le fasi che vanno dalla sperimentazione fino alla messa in com-

³ Particolare interesse riveste il procedimento penale aperto dalla Procura della Repubblica di Bari nei confronti di sei multinazionali farmaceutiche, indagate per il reato di corruzione. Nel corso del procedimento, segnatamente nella fase dell'udienza cautelare (v. artt. 45 ss. d.lgs. n. 231/2001), il Gip ha disposto accertamenti peritali diretti a ricostruire e valutare l'adeguatezza preventiva dei modelli adottati dalle società, sia all'epoca della commissione dei reati di corruzione, presupposto della responsabilità amministrativa da reato, sia *post delictum* e depositati nel corso dell'udienza allo scopo di scongiurare l'applicazione di una misura interdittiva cautelare (v. art. 49). Le perizie, affidate ad un collegio di esperti in materie aziendalistiche e giuridiche, sono state depositate e il procedimento si è concluso, nei confronti di tutte le società, con sentenza di 'patteggiamento', a norma degli artt. 444 ss. c.p.p. Gli atti del processo, compresi gli elaborati peritali, sono, dunque, ormai, conoscibili e pubblicabili (cfr. art. 114 c.p.p.) e chiunque può ottenerne copia, motivandone l'interesse (art. 116 c.p.p.) *Pertanto, i riferimenti e le considerazioni, che seguono nel testo, prendono spunto dalle indagini attuative (dirette a ricostruire e descrivere la compliance delle aziende) e valutative (circa l'idoneità e l'effettività dei modelli) svolte dai periti.*

mercio di un farmaco. Con riguardo alla *commercializzazione e alla diffusione dei prodotti farmaceutici*, il *marketing* ha fatto segnare una vera e propria *escalation*, alla quale si è associata un'impennata del rischio-corruzione⁴. Lo scenario è, dunque, favorevole all'insorgenza di un *ambiente fortemente competitivo*, in cui la penetrazione sul mercato dei farmaci integra un pressante obiettivo di *performance*. I protagonisti di questa competizione sono le aziende, la classe medica, i farmacisti e gli stessi ricercatori. *Lesistenza di un ambiente fortemente competitivo diventa il terreno di coltura del rischio-corruzione*. Da sempre radicato nell'ambito farmaceutico (si pensi alla ben nota e risalente fattispecie di «*corruzione minore*» denominata *comparaggio*), il rischio-corruzione, a causa delle nuove strategie di mercato, conosce una preoccupante implementazione, perché numerose sono le «*occasioni*» in cui si può manifestare: sia quando viene presentato il farmaco ai medici o ai farmacisti, sia quando si effettua la formazione degli operatori. E si tratta di un *rischio 'calcolato'*, economicamente *elastico*, che tiene conto delle difficoltà di scoperta e degli interessi che cementano i rapporti fra i vari protagonisti del mercato.

- b) Circa la *morfologia* del rischio, quello legato al *marketing* presenta caratteristiche affatto peculiari, che lo rendono particolarmente *insidioso*.
 - i. Prima di tutto, va rilevato che si è davanti ad un rischio *diffuso e dinamico*. *Diffuso* perché concerne prevalentemente l'attività *esterna* dell'ente e non risulta perciò circoscrivibile al perimetro aziendale. *Dinamico* perché coinvolge numerose persone, molte delle quali *in movimento* (gli informatori scientifici) e, dunque, insuscetibili di sottoposizione ad un controllo continuo.
 - ii. Le *modalità di formazione della provvista* sono svariate: possono derivare dalla *creazione di fondi neri*, appositamente «*dedicati*» alle attività di alterazione del mercato della concorrenza, da una *gestione*

⁴ Questo è dipeso essenzialmente dalle mutate strategie di mercato delle grandi aziende farmaceutiche. La svolta è da intravedere nel *boom* dei farmaci cosiddetti *me too*: destinati a curare le malattie (di lunga durata) della società del benessere (artrite, depressione, ipertensione, colesterolo alto, ecc.), si limitano a presentare alcune differenti composizioni chimiche rispetto a quelli originali, senza che si possa parlare, peraltro, di un effettivo miglioramento rispetto a quest'ultimi. A volte, viene semplicemente allungata la vita di un farmaco *blockbuster*, il cui brevetto è in scadenza, mettendone a punto uno nuovo virtualmente identico. Il fenomeno del «*doppione farmaceutico*» (due farmaci, stessa chimica, si potrebbe dire) ha fatto segnare una vorticosa implementazione delle risorse destinate dalle industrie farmaceutiche alla commercializzazione. Prova ne sia che il settore Ricerca e Sviluppo rappresenta una parte relativamente piccola nei *budget* delle grandi aziende, che si riduce davvero a poca cosa rispetto alle spese per il *marketing* e amministrazione. Per un'analisi delle strategie delle industrie farmaceutiche, cfr. CAGLIANO, LIBERATI, *I farmaci*, Bologna, 2001; ANGELL, *Farma&Co, Industria farmaceutica: storie straordinarie di ordinaria corruzione*, Milano, 2006; LAW, *Big Pharma, Come l'industria farmaceutica controlla la nostra salute*, Torino, 2006.

- della spesa incapace di contrastare le pratiche di gonfiamento delle note-spese, dal ricorso alle fatture false, ecc.
- iii. La corruzione può inoltre manifestarsi attraverso la pratica delle cosiddette *remunerazioni improprie*, con un ricorso, cioè, a liberalità, donativi, omaggistica, consulenze e attività di formazione, in contrasto con i presupposti richiesti dalla legge. Tali condotte, anche quando non si risolvono in reati di corruzione, costituiscono nondimeno *comportamenti prodromici* che possono implementare stili di condotta 'laschi', *anticamera della corruzione*⁵.
- iv. Il ricorso alla corruzione o a forme di retribuzione impropria è strumentale alla creazione di una vera e propria *relazione simbiotica con i medici* che sono lo snodo più importante tra il farmaco e il mercato. Relazione che si sviluppa su diversi piani: dalla prescrizione dei farmaci, alla formazione fino all'attività di consulenza. L'elevato numero di informatori scientifici e il loro radicamento territoriale integrano una non trascurabile *spinta criminogenetica*, che ha come obiettivo proprio la *fidelizzazione* del medico, fondata su una *reciprocità* che le pratiche corruttive tendono a rinforzare sino al punto di incardinare una sorta di *esclusiva*.
- v. Il *movente economico* della corruzione *raccorda funzionalmente* gli interessi 'personali' delle persone fisiche, che agiscono per conto dell'ente (gli informatori scientifici, i capi-area, ecc.), e quelli dell'ente: l'autore dell'illecito è mosso dall'intento di conseguire premi di produttività o comunque incentivi legati al raggiungimento di un *target* e, congiuntamente, di enfatizzare la sua efficienza presso i superiori gerarchici, corrispondendo alle loro aspettative; l'azienda, anche nel caso in cui si limiti a tollerare le pratiche corruttive, risente comunque di un *vantaggio economico* in termini non soltanto monetari (di fatturato) ma soprattutto sul piano del *gradiente di penetrazione del mercato*, ancor più importante in ragione dell'esplosione del «doppione farmaceutico», che rende, come si è visto, particolarmente aspra la competizione.

Entriamo ora nel vivo delle «cautele». Se ci si trova dinanzi ad un rischio diffuso, dinamico e diacronico, come quello poc'anzi raffigurato, come potrà essere adeguatamente e ragionevolmente ridotto? Prendiamo

⁵ Lo stesso vale per le condotte di comparaggio (art. 170 Tuls) e per gli altri illeciti penali 'minori', legati alla concessione o promessa di premi o vantaggi pecuniari o in natura, previsti dagli artt. 123 e 147, comma 5, del d.lgs. n. 219/06 (che riproducono, in buona sostanza, il contenuto delle fattispecie di cui agli artt. 11 e 16 d.lgs. n. 541/92). Pur non incardinando la responsabilità sanzionatoria dell'ente, tali illeciti si collocano evidentemente in prossimità della corruzione e sono altresì perfettamente cofunzionali all'ambiente competitivo sopra descritto.

come settori di riferimento: (a) la *gestione dell'omaggistica e dei materiali di aggiornamento professionale* e (b) la *gestione delle donazioni*.

- a) La gran parte dei protocolli, deputati a gestire questo settore, denota un *buon livello di procedimentalizzazione*, a cui si contrappone l'*assenza di cautele sostanziali*⁶. Così, si prevede, in genere, la segregazione dei processi decisionali, specie con riguardo alla valutazione della pertinenza scientifica dei materiali, affidata alla Direzione Medica e non già alla stessa funzione proponente, *market oriented*. Protocolli siffatti esplicano una efficacia cautelare parziale ed insufficiente: mettono al riparo dal rischio di una gestione che privilegi soltanto le esigenze del mercato, senza alcuna attenzione alla funzione del materiale consegnato ai medici, *ma non incidono minimamente sul rischio di fomentare relazioni simbiotiche nei confronti dei sanitari*. Dunque, si tratta di protocolli che non si innervano sulla fisionomia del rischio-tipico, riducendolo. È su questo versante che entrano in giuoco le *cautele sostanziali*, che conformano immediatamente il contenuto della decisione. Un protocollo autenticamente cautelare di gestione dell'omaggistica richiede, oltre che la segregazione dei processi decisionali (cautela procedimentale), anche specifiche *cautele sostanziali rivolte a ridurre il rischio di instaurazione di relazioni simbiotiche*, di contenuto *preferenziale*, con gli operatori sanitari, che costituisce l'orientamento teleologico dei comportamenti devianti. La cautela sostanziale può consistere, tra l'altro:
- i. nella *pianificazione del numero delle visite*, da effettuare secondo criteri di rotazione (il *rischio contrastato* è, già sul terreno della pianificazione, la sedimentazione delle relazioni tra Isf e sanitari);
 - ii. nella *fissazione di un numero massimo annuale di iniziative sul singolo operatore sanitario* (del tipo: «il singolo operatore sanitario non può ricevere più di un certo numero di omaggi nel corso dell'anno»; il *rischio contrastato* afferisce, in questo caso, alla possibile implementazione di retribuzioni «improprie», a scopi di fidelizzazione);
 - iii. in un criterio di *alternanza temporale* nella fruizione dei benefici (del tipo: «se nel corso di un anno, il sanitario ha ricevuto un certo numero di materiali, ne potrà fruire, in futuro, solo decorso un anno o più»; si *contrastata*, in tal modo, la *dimensione diacronica del rischio di fidelizzazione*);
 - iv. in un *meccanismo di controllo ex post* sul rispetto di tali criteri quantitativi e temporali (si tratta di un meccanismo deputato ad assicurare l'*effettività* della cautele);

⁶ Questa affermazione è ricavabile dall'indagine attuativa e valutativa effettuata dai periti nell'ambito del procedimento penale svoltosi presso il tribunale di Bari, di cui si è dato conto nella precedente nota 2, alla quale si fa, pertanto, rinvio.

- v. in *meccanismi retributivi non eccessivamente sfidanti*, accompagnati dalla prefigurazione di *sanzioni* che incidano sulla *parte variabile della retribuzione* in caso di violazioni delle regole cautelari apprestate (la *proiezione teleologica* della cautela incide stavolta sul *movente economico* dell'illecito);
 - vi. in *controlli sull'attività*, da affidare a funzioni che non vantino la medesima prospettiva retributiva e che non siano *market oriented* (si tratta di un meccanismo rivolto ad appurare l'*effettività in action* delle cautele).
- b) La gestione delle *donazioni* integra un rischio-reato di ragguardevole spessore. Pur essendo un rischio topograficamente circoscritto all'interno dell'azienda, il suo legame con la commercializzazione dei farmaci è affatto evidente. Le elargizioni 'improprie' sono infatti orientate ad alterare i meccanismi concorrenziali, creando rapporti privilegiati con gli enti richiedenti. Anche questa volta, *buona parte dei protocolli adottati rispettano il principio di segregazione delle funzioni* (assegnando: alla Direzione Medica l'apprezzamento del valore scientifico e delle meritevolezza dell'elargizione, all'Area Legale e Fiscale la valutazione della conformità a legge dell'atto e, infine, alla funzione Amministrazione e Bilancio il compito di verificare la corrispondenza al *budget* predefinito), *ma non contengono cautele sostanziali, teleologicamente rivolte a minimizzare il rischio di fidelizzazioni improprie di enti pubblici*⁷. Un protocollo autenticamente cautelare richiede, allora, tra l'altro:
- i. la *segregazione delle funzioni*, specie in ordine all'apprezzamento del valore scientifico delle donazioni: la valutazione non potrà, così, essere affidata alla funzione proponente, né all'organo decisore, né ad una funzione *market oriented* (la *proiezione teleologica* della cautela consiste, tra l'altro, nell'evitare la contaminazione tra obbiettivi di *performance* economica e istanze etiche nella gestione degli affari), bensì ad una funzione che vanti competenze medico-scientifiche;
 - ii. la *predeterminazione di un budget annuale delle donazioni*, che potrà essere aggirato solo previa decisione del CdA dell'ente, prevedendo il coinvolgimento informativo dell'OdV (la *proiezione teleologica* della cautela consiste nella predeterminazione dell'«offerta» di donativi, sì da attenuare il rischio-reato legato a decisioni puramente discrezionali, mirate a creare «alla bisogna» rapporti privilegiati con gli enti beneficiati, e nel coinvolgimento informativo dell'OdV in presenza di potenziali *situazioni di criticità*, come quelle riferibili ad eventuali scostamenti dal *budget*;

⁷ Ancora una volta, ci si riporta alle conclusioni contenute nell'indagine attuativa e valutativa effettuata dai periti nell'ambito del procedimento penale svoltosi presso il tribunale di Bari, di cui si è dato conto nella precedente nota 3.

- iii. la previsione di un *importo massimo di donazioni* eseguibili da ciascuna funzione, individuando altresì il *valore massimo della donazione fruibile dal singolo ente* (il *rischio contrastato* afferisce alla possibile implementazione di retribuzioni «improprie», a scopi di fidelizzazione);
- iv. l'introduzione di un criterio di *alternanza temporale* nella fruizione delle elargizioni (del tipo: «quando l'ente ha fruito di una donazione nel corso di un anno, non potrà risultare beneficiario di altra se non siano decorsi almeno [due/tre] anni»; si *contrastata*, in tal modo, la *dimensione diacronica* del *rischio di fidelizzazione*);
- v. la creazione di un *meccanismo di controllo ex post* sul rispetto dei predetti limiti quantitativi e temporali (si tratta di un meccanismo deputato ad assicurare l'*effettività* della cautele);
- vi. *report periodici verso l'OdV* (la cautela adempie ad una funzione informativa: trattandosi di un'attività esposta al rischio-reato, l'OdV deve essere posto nella condizione di vagliarne, anche con scadenze temporali predeterminate, la gestione, fatte salve le situazioni di criticità).

5. Il contenuto delle cautele sostanziali e il problema della loro elaborazione

L'analisi, sinora effettuata, dimostra che il processo di autoregolamentazione (squisitamente maieutico) degli enti denota *segnali di sofferenza* soprattutto sul terreno della elaborazione delle *cautele sostanziali*, di quelle, cioè, più immediatamente rivolte a conformare la decisione dell'ente. Inoltre, è tutt'altro che infrequente che si manifestino livelli di prevenzione contraddistinti da una diversa intensità nell'ambito dello svolgimento di attività omogenee⁸. Di qui, una condizione di *diffusa incertezza* in ordine all'individuazione di un sistema di prevenzione dotato di requisiti di idoneità preventiva e di effettività tali da resistere al vaglio del giudice.

Il problema, a ben vedere, non è nuovo. Basta richiamare la sempre viva *querelle* sui 'saperi' e i 'doveri' dell'*agente-modello*, nelle ipotesi di colpa generica: si va da una concezione '*deontica*', alla continua ricerca del «ciò che si deve fare», ad una *prasseologica*, che valorizza le regole comportamentali, diffuse e praticate nella prassi della cerchia sociale di riferimen-

⁸ Estremamente evocative, in proposito, le risultanze delle indagini peritali svolte nel procedimento penale presso il tribunale di Bari (citato nella precedente nota 3), dalle quali si ricavano livelli di *compliance* estremamente diversificati tra le aziende indagate. È di intuitiva evidenza che tali difformità, sul versante della prevenzione del rischio-reato, provocano ripercussioni anche sul versante della concorrenza, rendendo più o meno 'sfidante' la competizione nell'area *marketing*.

to⁹. Alla prima, che enfatizza il profilo della tutela dei beni giuridici, si rimprovera di atteggiarsi alla stregua di un manuale non facilmente consultabile, in cui l'asticella dei doveri finisce fatalmente per lievitare verso l'alto, sì da integrare un formidabile volano di sentenze di condanna¹⁰. Alla seconda concezione, che sicuramente esterna un tasso di maggiore determinatezza nella individuazione della regola prudenziale, si obietta che non sempre le prassi comunemente seguite coincidono con le buone prassi, sì da aprire il campo a preoccupanti discontinuità della tutela¹¹.

Sta di fatto che, nei territori della colpa generica, è ormai quasi sempre il giudice ad assumere il ruolo di 'creatore' della regola cautelare dovuta, sfruttando tutte le ambiguità che circondano il contenuto della figura-modello.

A ben vedere, dunque, il dilemma che affrontano gli enti in sede di individuazione della regola cautelare non è interamente 'nuovo', ma replica le fattezze di problemi già noti e, sia pure in parte, irrisolti. Nondimeno, la 'complessità' dell'agire organizzato pare amplificare le difficoltà, atteso che le cautele assumono – come si è visto – un volto 'composito', sinergico, sì che la sufficienza di talune di esse potrebbe essere vanificata dall'inadeguatezza di altre. A ciò si deve aggiungere un ulteriore ed importante fattore, che rischia di aggravare il disorientamento degli enti impegnati nel forgiare una valida ed effettiva *compliance*.

La redazione del Modello 231 costituisce la risultante di un *approccio multidisciplinare*: da un lato, bisogna ricorrere ai più sperimentati ed accreditati '*saperi*' aziendali, *informatici* e afferenti alle tecniche di *programmazione e controllo*; dall'altro lato, ai '*saperi*' *empirico-criminologici*, rivolti a *decriptare*, dall'interno, la *morfologia e l'orditura dei singoli rischi*, in vista del ritaglio delle singole, specifiche *regole cautelari* rivolte a ridurre ragionevolmente il rischio. Alla multidisciplinarietà dell'approccio fanno da contrappunto i '*saperi*' *del giudice*, visibilmente inattrezzato, per cultura, formazione e prassi, a confrontarsi con le organizzazioni complesse. Il rischio che si instauri una sorta di incomunicabilità tra la *societas* e il suo giudice è tutt'altro che virtuale.

Come si vede, lo scenario, che si profila, tramanda problemi 'vecchi' e 'nuovi', che, per trovare un esito soddisfacente, richiedono l'articolazione di proposte che tengano conto della complessità dello scenario in cui si cala la decisione dell'ente.

⁹ Per una recente rimediazione del tema, vedi ATTILI, *L'agente-modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240 ss.

¹⁰ Lo rileva autorevolmente GIUNTA, *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 1295 ss.

¹¹ Per una aggiornata ed elegante riproposizione della concezione 'deontica', vedi MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 29 ss.

6. Il percorso verso la 'positivizzazione' delle cautele

La possibilità di individuare affidabili criteri di 'convalida' dell'adeguatezza preventiva dei Modelli, diretti a perimetrare e a 'guidare' la discrezionalità del giudice, si atteggia – lo si è visto – come un motivo ricorrente di 'pressione' da parte degli enti. La stessa disposizione del comma 3 dell'art. 6 tradiva, evidentemente, questa aspirazione. Più di recente, in coincidenza con l'ampliamento dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente alle fattispecie di omicidio e lesioni colpose derivanti dalla violazione della normativa antinfortunistica, il legislatore ha introdotto la norma dell'art. 30 d.lgs. n. 81/2008 (Testo Unico in materia di sicurezza e salute sul lavoro), che, al comma 5, stabilisce che, in sede di prima applicazione, i modelli di organizzazione aziendale definiti in conformità alle linee-guida redatte dall'Inail o al *British Standard Ohsas 18000:2007*, si presumono conformi ai requisiti di idoneità fissati nei commi precedenti della stessa disposizione. Non basta. Lo schema di decreto correttivo del d.lgs. n. 81/2008 conferisce, nel nuovo art. 2-*bis*, alla certificazione relativa all'adozione ed efficace attuazione del modello di organizzazione, rilasciata dagli enti bilaterali e dalle Università, ai sensi dell'art. 76, comma 1, lett. a) e c), d.lgs. n. 276/2003, una presunzione di conformità alle prescrizioni del decreto legislativo.

Dunque, mentre i codici di comportamento, di cui all'art. 6, comma 3, 'avallati' dal Ministero della Giustizia possono, al più, fungere da meri indicatori di idoneità preventiva, in materia di sicurezza sul lavoro, il legislatore sembra, oggi, intenzionato a privilegiare la strada delle presunzioni di conformità, con l'intento evidente di mettere al riparo la *societas* dai rischi interpretativi giurisdizionali. A ben vedere, però, si è in presenza di strumenti che non paiono minimamente in grado di conseguire gli obiettivi per i quali sono stati predisposti.

I Codici di comportamento, per struttura e funzione, assolvono ad una funzione prevalentemente *pedagogica*: evocano i principi costitutivi del modello, le finalità preventive e le regole generali di comportamento, senza rilasciare una elencazione analitica delle cautele sostanziali rivolte a ridurre il rischio-reato. Si collocano, perciò, a metà strada tra il piano della mera enunciazione dei valori aziendali, fissato, di regola, nel codice etico, e il livello di dettaglio che deve contraddistinguere il modello adottato dalla società. I codici di comportamento possiedono, dunque, una funzione orientativa, di indirizzo, sì che la valutazione sull'efficacia e sull'effettività del modello concretamente adottato dall'ente resta, in larga parte, affidata al giudice.

Quanto alle disposizioni di più recente conio, o in procinto di essere emanate, circoscritte alla materia della sicurezza su lavoro, rischiano, per come formulate, di rivelarsi prive di operatività. Per ragioni logiche, prima ancora che giuridiche.

La disposizione dell'art. 30 accorda alle linee-guida dell'Inail e al British Ohsas lo statuto di documenti capaci di proiettare una valutazione di conformità ai modelli che li recepiscono, in sede di prima applicazione del TU. A tacere del corrivo rinvio alla fase di «prima applicazione», basta scorrere tali documenti per comprendere che si è al cospetto di sistemi che delineano la struttura dell'organizzazione aziendale (sul versante degli apparati e dei flussi informativi), in vista dell'implementazione di una *concezione 'sistemica'* della politica della sicurezza sul lavoro. *Prevenzione mediante organizzazione*¹²: questo è il messaggio ricavabile dalle linee-guida in questione. Che non può rilasciare, però, alcuna presunzione di conformità: l'idoneità e l'adeguatezza preventiva riguardano il sistema e la sua funzionalità, ma non, per fare un esempio, il contenuto dei presidi cautelari che integrano il Documento di Valutazione dei Rischi. L'apprezzamento del Documento non potrà che essere di pertinenza del giudice.

Ancora meno convincente appare l'attestazione di conformità che, *de lege ferenda*, si propone di accordare alle certificazioni rilasciate dagli organismi menzionati nella cosiddetta legge Biagi. Tralasciando le intuibili perplessità riferibili alle competenze degli organi certificatori, la presunzione di conformità viene riferita, come si è detto, all'adozione e all'efficace attuazione del modello. Sembra di essere davanti ad una norma redatta da mani ignare della funzione preventiva, statica e dinamica, rivestita dal modello. Quanto alla sua *adozione* (funzione *'statica'*), la presunzione di conformità presupporrebbe che l'organo certificatore svolgesse accertamenti nel merito delle cautele predisposte, allo scopo di appurare che la disciplina apprestata risulti aderente alla realtà dei rischi aziendali: è sin troppo facile pronosticare che tali organismi non saranno minimamente in grado di svolgere i suddetti compiti, sì che l'attestazione di conformità si risolverà in una presunzione *'relativa'*, condizionata, cioè, all'effettiva corrispondenza tra i rischi effettivamente esistenti e quelli dichiarati.

La conformità non potrà, invece, in alcun modo attingere l'*effettività del modello*, che pertiene alla sua funzione *diacronica ('dinamica')*. Il modello – è risaputo – non è solo un'entità *'statica'*, ma pure dinamica, che, per essere concretamente testata, richiede lo svolgimento di accertamenti spalmati nel tempo, secondo scansioni predefinite, insuscettibili di esecuzione da parte di organismi come quelli individuati nella proposta di riforma. La disposizione, in definitiva, mostra come la forza vincolante delle certificazioni risulti poco più che virtuale.

Per di più, va rilevato che l'aspirazione al restringimento dell'orbita dei poteri del giudice avviene in un settore – la materia antinfortunistica – in cui la redazione del modello è, a conti fatti, in massima parte *'ete-*

¹² È d'obbligo il rinvio, in argomento, al recente e interessante lavoro di MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Torino, 2009.

ronormata': l'apparato delle cautele è consultabile dalla *societas* nel corpo del Testo Unico e delle altre leggi speciali. Il *novum*, imposto dal d.lgs. n. 231/2001, sta tutto nella necessità di organizzare in forma sistemica i flussi informativi e le istanze di controllo.

Le preoccupazioni sulla 'bontà' preventiva del modello sono, quindi, assai più fondate con riguardo ai *rischi dolosi* che l'ente è chiamato a ridurre. Qui, il processo di 'autonormazione' delle cautele denota, indiscutibilmente, un tasso di maggiore complessità e la pretesa di setacciare criteri di formalizzazione appare meritevole di attenzione, a patto di non 'inquinare' tale obbiettivo con irraggiungibili pretese di certezza, volte a celare, molto probabilmente, il 'fastidio' per l'intromissione del giudice nel tessuto organizzativo dell'ente.

La strada per la 'positivizzazione' delle cautele deve partire dalla considerazione che il problema può trovare una soddisfacente composizione facendo chiarezza sui *rapporti* che, già sul terreno del diritto penale 'individuale', intercorrono tra la '*colpa generica*' e la '*colpa specifica*'.

È la *prima forma di colpa*, conviene riconoscerlo, quella in cui il giudice tende non di rado ad issarsi a 'produttore' di cautele e non già a mero 'consumatore'. La colpa generica, trascinata dalle formidabili virtù colpevoliste dell'agente-modello (sempre più 'idealizzato' sino ad assumere sembianze superomistiche¹³), si fa largo pure in settori governati da regole formalizzate, alla stregua di un presidio sussidiario (si pensi al ruolo svolto dall'art. 2087 c.c.)¹⁴, che legittima, addirittura, la costruzione di imputazioni 'generiche' che trovano definitiva 'concretizzazione' nella sentenza, in cui il giudice 'comunica' all'imputato la regola cautelare trasgredita, non ricavabile nella fattispecie giudiziaria in cui si cristallizza l'accusa¹⁵.

Non è arduo immaginare gli effetti devastanti che un simile orientamento potrebbe innescare sul versante della responsabilità della *societas*, aggravati, per giunta, da una sostanziale insufficienza dei 'saperi' del giudice circa la complessità delle dinamiche organizzative e decisionali degli enti.

Per arginare questa deprecabile deriva, è assolutamente necessario mettere ordine prima di tutto nei rapporti tra colpa generica e colpa specifica, per poi riadattare le conclusioni al peculiare *milieu* empirico-criminologico che marca l'attività degli enti.

¹³ Lo rileva (*rectius*: denuncia) ATTILI, *L'agente-modello*, cit., 1240 ss.

¹⁴ Per un'accurata ed approfondita analisi, ricca di riferimenti giurisprudenziali, della funzione svolta dalla norma dell'art. 2087 c.c. nella materia della responsabilità penale da infortuni sul lavoro, vedi VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, Tomo II, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, Parte Speciale*, diretto da Marinucci e Dolcini, Padova, 2003, 399 ss.

¹⁵ Sul tema delle tecniche (corrive) di contestazione della colpa nel processo penale, vedi CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3836 ss.; ID., *La colpa penale*, Milano, 2009, 197 ss.

La *colpa specifica* è funzionalmente 'altra' rispetto alla colpa generica: questo è – a nostro avviso – il primo irrinunciabile, ma non del tutto introiettato, punto di partenza. L'identità di struttura – la violazione di un obbligo di diligenza – non deve offuscare la *diversità funzionale*. La *colpa generica* è destinata a disciplinare le più comuni, quotidiane situazioni di rischio. Proprio per questo si fonda sul ricorso a norme esperienziali, che tendono ad orientare il comportamento secondo criteri di normalità. La filosofia cautelare, che marca le regole positivizzate, è opposta e le ragioni di tale diversità vanno ricercate proprio sul versante della loro *genesi*. Ci si affida, infatti, alla *colpa specifica* in presenza di rischi 'qualificati', che riguardano *aree di attività sostanzialmente omogenee* (si pensi alla circolazione stradale e alla materia antinfortunistica) in cui la *ripetitività dei comportamenti*, la *rilevanza dei beni* in giuoco e l'*affinarsi delle conoscenze* consentono di proiettare una affidabile cornice nomologica in direzione dei giudizi di prevedibilità ed evitabilità dell'evento. Di conseguenza, la formalizzazione della regola cautelare è funzionale alla *standardizzazione della pretesa comportamentale*, nel senso che l'agente non può sostituire la propria valutazione prudentiale, magari coincidente con quella della maggioranza dei consociati, a quella cristallizzata nella regola scritta. Questo significa che, una volta data la regola, il soggetto agente è obbligato ad osservarla integralmente. In definitiva, la 'specificità' delle aree di rischio da disciplinare (riguardanti attività umane seriali e beni giuridici rilevanti) impone di ricorrere a dispositivi cautelari supportati da una piattaforma scientifica, che si affida alle più collaudate conoscenze.

Posta questa distinzione sulla genesi e la funzione delle regole cautelari, non vi è dubbio che l'orbita della valutazione del giudice è decisamente più circoscritta nel contesto della colpa specifica, mentre, non di rado, nella colpa generica, il livello della pretesa comportamentale tende a progredire verso l'alto, senza che si possa conoscere, in anticipo, che cosa davvero l'ordinamento pretenda.

Ora, i rischi-reato, con i quali si confronta la *societas*, non possono essere annoverati nell'alveo di quelli 'comuni', da affidare al dominio della colpa generica. Essi abbracciano *beni giuridici di ragguardevole spessore* e coinvolgono *decisioni ed attività seriali, procedimentalizzate*. Ciò che latita, ancora, è il consolidamento delle cautele: si versa, cioè, in una fase in cui il processo di emersione e di confezionamento delle cautele è in *progress*. Uno stato di incertezza è, per certi aspetti, fisiologico, ma questa condizione di precarietà non legittima vie di fuga velleitarie, come quelle di improbabili certificazioni. Ambire a «bollini di qualità» è operazione fuor d'opera: la dinamicità e la complessità dei protocolli cautelari non possono essere addomesticate con il ricorso a presunzioni di conformità.

Se davvero si vuole corrispondere alla (condivisibile) domanda di maggiore certezza 'orientativa' e 'applicativa', agitata dagli enti, occorre intensificare la produzione di regole, tenendo conto delle peculiarità del

contesto (decisioni adottate da organizzazioni complesse). *Il profilo genetico della colpa specifica costituisce, sotto questo profilo, un prezioso punto di riferimento*, a patto che lo si integri con gli ulteriori elementi di 'specificità', che contraddistinguono la complessità della *societas*.

Proviamo, allora, a disegnare, sia pure sommariamente, la *genesi* delle regole cautelari in contesti organizzativi complessi.

- a. Il primo elemento concerne l'attività di *assessment*: si tratta, cioè, di far 'aggallare', nel contesto di *settori omogenei di attività*, le *aree di rischio ricorrenti*, individuandone le '*costanti*' morfologiche e crimonologiche (dunque, la *tipologia* del rischio); l'ente deve, dunque, scarnificarsi, guardare dentro di sé, per setacciare le funzioni a rischio e le possibili modalità di consumazione degli illeciti: a differenza della colpa 'individuale', qui la percezione del rischio è la risultante di un'attività *altamente proceduralizzata e formalizzata*, da svolgersi secondo le più accreditate metodologie in materia di 'mappatura' dei rischi.
- b. Il secondo aspetto attiene alla *sfera 'cognitiva'*, presupposto indispensabile per forgiare cautele adeguate ed effettive. In questo ambito, si consuma una significativa *frattura* rispetto alla maieutica che governa la colpa penale 'individuale'. Il riferimento all'agente-modello individuale è inutilizzabile, per manifesta inadeguatezza. Gli sviluppi della criminalità all'interno delle *organizzazioni complesse*, nel cui ambito ci si confronta con un *agire collettivo*, non possono essere ricondotti nei parametri dell'agente-modello. Una '*mente collettiva*', a condizione che sia *ben organizzata*, può conseguire prestazioni, sul terreno, ad esempio, dell'adeguamento alle innovazioni tecnologiche e dello svolgimento in sicurezza delle attività produttive, di gran lunga superiori rispetto a quelle 'richiedibili' all'agente-individuale. La nozione tradizionale di agente-modello, interamente ricavata dalle capacità di dominio e di controllo del singolo rispetto ad una situazione di rischio, risulta, in questo caso, *ipodotata*: si confronta, infatti, con una situazione di 'complessità', contraddistinta da una pluralità di apparati, in cui *nessun individuo* governa il processo decisionale. Occorre, allora, di puntare alla creazione di una «*macrostruttura preventiva* (distribuzione di uomini lungo la filiera della gestione del rischio e predisposizione di modelli specifici di prevenzione)», che «si risolve [...] nella individuazione di altrettanti freni inibitori alla commissione di reati da parte della società»¹⁶. È, dunque, sulla *macrostruttura* che occorre ritagliare la figura di un *agente-modello collettivo*, destinatario di doveri di informazione, di adeguamento e di prevenzione, che devono tenere in considerazione la sue *superiori capacità* rispetto a quelle individuali.

¹⁶ Così, PALIERO, PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, cit., 181.

- c. Il terzo profilo ha a che vedere con la *conformazione delle cautele*, che, analogamente alla colpa 'individuale', sono orientate al contenimento di ben specifiche cornici di rischio. Ma l'assonanza termina qui. Il rilievo del fenomeno organizzativo fa sì che, come si è notato sopra, le regole cautelari, in una organizzazione complessa, fanno segnare la compresenza (funzionalmente sinergica) di tre concorrenti tipologie: 1) la *cautela procedimentale*, in cui la riduzione del rischio è perseguita ed implementata dalle *modalità con le quali viene scandita la decisione dell'ente*; 2) la *cautela sostanziale*, che concerne il *contenuto della decisione a rischio-reato*: lo conforma sul piano dell'*an*, del *quomodo* e del *quantum*; 3) il *controllo*, che traduce l'esigenza di assicurare l'*adeguatezza e l'effettività della cautela*, con l'adozione di meccanismi di supervisione di 1° grado, interni al processo decisionale, e di 2° grado, operati da un organismo estraneo al processo decisionale.

Come si può apprezzare, il contenuto del modello di prevenzione è formato da regole cautelari elaborate sulla scorta dell'analisi e delle modalità di gestione del rischio-reato. La possibilità di pervenire ad una *formalizzazione del processo di elaborazione delle regole cautelari* in contesti organizzativi complessi, che consenta all'ente, nella fase di auto-organizzazione preventiva, di poter contare su un catalogo sufficientemente testato di cautele, richiede un approccio metodologico di taglio squisitamente *induttivo*. A distanza di otto anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231/2001, più che attardarsi nella redazione di 'generici' codici di comportamento, ci si dovrebbe decisamente orientare in direzione della *positivizzazione di protocolli cautelari* imperniati sulle *best practices*. Detto in altre parole, le associazioni rappresentative degli enti dovrebbero intraprendere una sorta di indagine conoscitiva sul grado di sviluppo e di evoluzione dei modelli. Una indagine, si badi, da eseguire secondo gli schemi di un'azione procedimentalizzata (diretta ad individuare, prima, e a formalizzare, poi, le cautele), segnata dalle seguenti scansioni:

1. in primo luogo, le associazioni rappresentative dovrebbero sollecitare la *discovery* dei modelli e dei protocolli adottati dagli enti che svolgono *omologhe attività a rischio*;
2. successivamente, dovranno procedere ad una *valutazione critica* dei diversi livelli di *compliance*, allo scopo di reperire, con l'ausilio di 'saperi' esperti (aziendalistici, societari e giuridico-penalistici), *comuni standard cautelari* che risultino espressione delle 'superiori' prestazioni richiedibili ad un agente-modello collettivo;
 - i. la descritta operazione di individuazione e di formalizzazione delle cautele non potrà ignorare il *background* informativo, vale a dire la necessità che i protocolli realizzino un'osmosi sia con le migliori evidenze scientifiche disponibili, sia con gli indici qualitativi mutuati dal formante giurisprudenziale;

3. parimenti fondativo si rivela il *riesame sistematico* dell'effettività preventiva dei protocolli e delle conoscenze su cui poggiano: dunque, è altamente raccomandabile l'instaurazione di flussi informativi che agevolino la circolazione dei 'saperi' ma anche degli errori, compagni di viaggio delle attività organizzate.

In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell'ambito della colpa professionale del medico, sempre più governata dai protocolli terapeutici, le associazioni di categoria dovrebbero, quindi, puntare al confezionamento di modelli e protocolli 'pilota', destinati a veicolare la nervatura delle cautele, suscettibili, poi, di integrazioni di 'dettaglio', dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente.

Seguendo questo percorso, l'autonormazione cautelare potrebbe trovare, nel tempo, un significativo momento di auto-riflessione e di auto-comprensione, capace di traghettare la *compliance* aziendale dalle sponde, estremamente mobili, della colpa generica a quelle, più rassicuranti, della colpa specifica, che, per funzione, meglio si attaglia a governare la riduzione del rischio-reato in contesti organizzativi complessi.

COMUNICAZIONI SCRITTE

ATTIVITÀ RISCHIOSE SOCIALMENTE UTILI E REPRESSIONE DEI DISASTRI COLPOSI DA PARTE DELLA GIURISPRUDENZA

di Antonella Madeo

SOMMARIO: 1. Attività rischiose e disastri colposi: un inquadramento preliminare. – 2. I disastri istantanei. – 2.1. Strage del Pendolino. – 2.2. Il disastro ferroviario di Ponte Chiasso. – 2.3. Il disastro aviatorio di Linate. – 2.4. Il disastro ambientale di Seveso: la nube tossica. – 3. I disastri «ad effetto differito». – 3.1. Porto Marghera. – 3.2. Il disastro ambientale di Cengio (caso Acna). – 4. Un confronto tra tipologie di disastro. – 5. Attività rischiose e conoscenza scientifica. – 5.1. Attività con rischio sufficientemente determinato e noto: il trasporto ferroviario. – 5.2. Segue: il trasporto aereo. – 5.3. Segue: la produzione del tricolorofenato. – 6. Attività con rischio non sufficientemente determinato o ignoto: la produzione di sostanze tossiche. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Attività rischiose e disastri colposi: un inquadramento preliminare

Già negli anni Settanta un autorevole esponente della nostra dottrina¹ evidenziava che l'attività produttiva rappresenta uno dei settori maggiormente interessati dalla criminalità cosiddetta economica², sia per l'elevato grado di dannosità derivante dai comportamenti illeciti, sia per la resistenza imprenditoriale a qualsiasi intervento regolamentativo; inoltre, che l'attività produttiva può essere fonte di rischi per il tipo di produzione o per il modo di produzione³, a seconda che il rischio sia insito nella specie dell'attività o dipenda dalle modalità concrete con le quali è svolta.

Ci pare, peraltro, che, oltre alla produzione, debbano annoverarsi tra le attività economiche rischiose alcune del settore terziario, in partico-

¹ F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e il modo di produzione*, in *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 1233.

² Oggi, peraltro, riteniamo che l'osservazione sia valida in linea generale con riguardo a tutta la criminalità, e non solo a quella economica, data l'estensione delle attività produttive potenzialmente fonte di danni e delle potenziali vittime delle stesse.

³ F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e il modo di produzione*, cit., 1234.

lare, i servizi di trasporto aereo e ferroviario, che rappresentano sicuramente una potenziale fonte di danno grave e diffuso⁴.

Col presente lavoro ci proponiamo di verificare quale atteggiamento mostra la giurisprudenza nei confronti di coloro che, a livello operativo e direttivo, agiscono nelle imprese, quando dall'esercizio di queste derivino eventi dannosi o pericolosi, in genere riconducibili ai delitti di disastro, in quanto di ingenti proporzioni.

Prenderemo spunto da alcune vicende di grande risonanza pubblica e mediatica, diverse tra loro per settore economico e per dinamica dei fatti, al fine di capire se queste diversità hanno inciso sulla valutazione delle responsabilità, ossia se la giurisprudenza ha utilizzato un differente metro di giudizio nell'accertamento dell'elemento oggettivo e soggettivo del reato, in particolare della causalità e della colpa (che è la forma di colpevolezza tipica in questo settore), oppure un'interpretazione uniforme.

Possiamo preliminarmente osservare che, mentre con riguardo ai disastri nei trasporti, le caratteristiche del servizio fornito – soprattutto l'alta velocità, le particolarità del percorso, gli agenti atmosferici – fanno sì che gli eventi dannosi che ne derivano avvengano in base a dinamiche determinate, altrettanto non può dirsi per le attività produttive.

Il disastro ferroviario o aviatorio è un evento «estemporaneo», istantaneo, in quanto si verifica immediatamente, in conseguenza di uno o più fattori, umani o meccanici⁵.

Nelle attività produttive, invece, la causazione del disastro può essere sia istantanea, sia differita nel tempo in quanto risultato non di una ma di una serie ripetitiva di condotte omogenee.

Per meglio comprendere quest'ultimo fenomeno, conviene fare alcune precisazioni sulle cosiddette attività rischiose ma socialmente utili.

Il fatto che il rischio sia consentito, se contenuto nei limiti di una regolamentazione cautelare dell'attività, non significa che questa non sia mai dannosa se svolta lecitamente, dal momento che le norme precauzionali che la disciplinano trovano un limite intrinseco nella conoscenza umana, che quasi mai è completa.

Un'attività è definita rischiosa proprio perché manca una totale conoscenza della sua natura e di tutti gli effetti che essa può avere sull'uomo e sull'ambiente, altrimenti si parlerebbe, alternativamente, di attività dannosa o di attività sicura. L'attività rischiosa, quindi, è disciplinata spesso da regole in continua evoluzione, soggette a modifiche, sostituzioni e integrazioni, di pari passo al progresso scientifico e gnoseologico.

⁴ Per approfondimenti sui disastri aerei si rinvia a F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004.

⁵ In genere la causa è da rinvenirsi in un errore umano oppure in un guasto agli impianti, nell'inadeguatezza o insufficienza dei sistemi di sicurezza.

Questo spiega perché gli eventi dannosi, pur percentualmente più elevati quando l'attività è svolta in violazione delle norme cautelari che la regolano, possono anche scaturire da attività svolte nel rispetto delle regole, che in tal modo si dimostrano inadeguate e inefficaci.

A volte è sufficiente una singola condotta, violatrice delle regole precauzionali od osservante di regole inadeguate, a provocare l'evento, che è quindi un effetto istantaneo, come nel disastro di Seveso.

Altre volte, l'evento è il risultato, differito, del ripetersi nel tempo di condotte rispettose di regole cautelari inadeguate – caso esemplare Porto Marghera – o in violazione di regole precauzionali idonee⁶, come è accaduto nel disastro ambientale di Cengio.

Procederemo prima ad una breve esposizione dei fatti e delle vicende giudiziarie di alcuni disastri⁷ – ferroviari di Piacenza e Ponte Chiasso, aviatorio di Linate, ambientali di Porto Marghera, Seveso e Cengio – per poi verificare se l'accertamento delle responsabilità è stato condotto secondo principi e criteri interpretativi uniformi da parte dei giudici.

2. I disastri istantanei

2.1. Strage del Pendolino

Il disastro ferroviario di Piacenza, noto come «strage del Pendolino», si verificò il 12 gennaio 1997⁸: il treno denominato Botticelli, giunto all'inizio del ponte sul Po, iniziò inspiegabilmente e ingiustificatamente una fase di accelerazione che lo portò in prossimità della curva prima della stazione di Piacenza ad una velocità superiore a quella critica di ribaltamento cosicché, nell'affrontare la curva, il treno si ribaltò nei primi quattro vagoni, mentre i centrali vennero sviati e gli ultimi rimasero sul binario. Morirono otto persone, tra cui i due macchinisti, e molti viaggiatori rimasero feriti.

Alcuni dirigenti delle Ferrovie dello Stato vennero imputati del delitto di disastro ferroviario colposo ex artt. 430 e 449, c. 2, c.p., e di le-

⁶ Dal momento che la violazione di una regola precauzionale determina la prevedibilità, ossia la possibilità dell'evento dannoso e non la certezza del danno, non è detto che la singola violazione determini l'evento dannoso ma può succedere che questo si verifichi a seguito di ripetute violazioni.

⁷ Per un accurato esame delle vicende giudiziarie di Seveso e Porto Marghera rinviamo a F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, 2° ed., Milano, 2000; ID., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, 3° ed., Milano, 2003.

⁸ Per un commento alla pronuncia di primo grado del Tribunale di Piacenza (31.05.2001) si rinvia a F. CINGARI, *Strage del «Pendolino»: quale nesso di causalità nel disastro ferroviario?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1543 ss.

sioni e omicidio colposi plurimi, per aver eliminato nel 1992 un codice di sicurezza (denominato 180), posto a protezione della curva e diretto a far rallentare ed eventualmente fermare il treno in prossimità della stessa: in base alla teoria della *condicio sine qua non* e al giudizio controfattuale, secondo l'accusa, il dispositivo menzionato, se non fosse stato tolto, avrebbe in quella circostanza prima avvisato i macchinisti dell'eccesso di velocità e, in caso di mancata decelerazione manuale da parte di quelli, determinato l'azionamento automatico di frenata, che avrebbe per certo impedito il ribaltamento del treno, nonché le morti e le lesioni del personale e di alcuni passeggeri.

Tutti gli imputati vennero assolti in primo grado⁹, in quanto i giudici considerarono la rimozione del codice 180 un mero *antecedente storico*, mancando un qualunque *ritorno di esperienza* che potesse indurre a ipotizzare un incremento del grado di probabilità di eventi disastrosi determinati da eccesso di velocità: non essendosi verificati precedenti analoghi, non era possibile rinvenire una legge generale di copertura che annoverasse quel fatto tra gli antecedenti che, secondo una successione regolare, portano al verificarsi di eventi del tipo di quello verificatosi in concreto¹⁰.

La causa venne individuata, invece, nella condotta negligente dei due macchinisti, che commisero una serie di errori fatali in prossimità della tratta teatro della strage¹¹.

I giudici affermarono che, anche a voler ipoteticamente concedere la rilevanza causale-deterministica della rimozione del codice 180, in base all'art. 40, c. 2, c.p., in ogni caso la condotta dei macchinisti, per le sue caratteristiche di assoluta eccezionalità, avrebbe configurato una concausa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento ed idonea, quindi, ad escludere, ai sensi dell'art. 41, c. 2, c.p., la rilevanza causale della rimozione del codice da parte dei dirigenti delle Ferrovie dello Stato.

Essendo i macchinisti morti nell'incidente ed essendo stata ravvisata la causa del ribaltamento nella condotta negligente dei macchinisti, non fu possibile stabilire la ragione per la quale essi avevano tenuto un comportamento tanto irrazionale, né punire qualcuno per il disastro.

2.2. Il disastro ferroviario di Ponte Chiasso

Alla stessa conclusione – non luogo a procedere per mancanza di nesso di causalità, nei confronti di alcuni dirigenti delle Ferrovie dello Stato

⁹ Tribunale di Piacenza, 31.05.2001, Cremonini e altri, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 1535 ss.

¹⁰ Tribunale di Piacenza, 31.05.2001, Cremonini e altri, cit., 1539.

¹¹ Il riferimento è all'accelerazione sul ponte e alla successiva omessa frenata prima della curva, nonostante la velocità fosse superiore a quella critica di ribaltamento.

imputati di disastro ferroviario colposo e di lesioni e omicidio plurimi – pervengono i giudici con riguardo alla collisione verificatasi il 21 febbraio 2002 tra due treni a Ponte Chiasso.

Su un treno diretto da un vecchio locomotore privo del sistema di ripetizione dei segnali a bordo (denominato Rsc), i macchinisti, in mancanza di questo sistema, non rilevarono i segnali luminosi che imponevano prima la riduzione della velocità e poi l'arresto, e conseguentemente omisero le suddette manovre doverose: il treno ebbe una collisione con un altro treno.

Il giudice di primo grado¹² escluse il nesso di causalità tra la mancata adozione del sistema Rsc sul locomotore da parte dei dirigenti delle Ferrovie dello Stato e lo scontro, in quanto il sistema era obbligatorio solo sui locomotori nuovi e comunque non aveva finalità di sicurezza ma di potenziamento della linea ferroviaria; anche a volergli riconoscere la funzione di sicurezza, non era il sistema più affidabile, perché poteva essere escluso dal macchinista e perché le esigenze di sicurezza erano meglio garantite dal sistema del doppio macchinista.

I giudici di secondo grado¹³ confermarono la pronuncia, ma argomentando diversamente. Ritennero il sistema Rsc come il più affidabile, nonché obbligatorio in quella tratta, perché la normativa che regolamentava il traffico ferroviario ne imponeva, senza distinzione tra locomotori vecchi e nuovi, l'utilizzazione sui tratti di linea attrezzati con questo sistema che comprendessero due stazioni o comunque un tratto superiore a 10 km, condizione questa presente nel luogo dell'incidente.

L'omessa installazione ed attivazione del sistema Rsc sul locomotore doveva, quindi, considerarsi *condicio sine qua non* della collisione, in quanto i macchinisti non avevano potuto rilevare ed osservare prima il segnale giallo che imponeva di ridurre la velocità e poi quello rosso che imponeva l'arresto. Tuttavia, dato che in origine il treno era stato preparato con un locomotore dotato di sistema Rsc e prima della partenza questo era stato sostituito con un locomotore privo di detto sistema, per decisione autonoma del capo deposito della sala operativa dello stabilimento di Milano, quest'ultima condotta doveva ritenersi, per la sua eccezionalità e per l'imprevedibilità da parte dei dirigenti, causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento¹⁴.

¹² Tribunale di Como, Gup, 06.12.2004, Cicirello e altri, *inedita*.

¹³ Corte d'Appello di Milano, 11.07.2005, Cicirello e altri, *inedita*.

¹⁴ La Cassazione (Sez. IV, 19.10.2006, in *Riv. it. dir. e. proc. pen.*, 2007, 1512), pur avendo rigettato il ricorso contro la pronuncia d'appello, ha ritenuto questa censurabile con riguardo al punto della causa sopravvenuta, non essendo stato accertato da parte dei giudici di merito se i dirigenti avevano imposto rigidamente al capo deposito l'obbligo di formare i convogli solo con locomotori dotati di sistemi Rsc, quando i treni dovevano percorrere tratte attrezzate, nel qual caso la violazione dell'obbligo da parte

L'anomalia della vicenda è che alla fine nessuno è stato condannato per il disastro, perché imputati erano solo i dirigenti delle Ferrovie dello Stato, mentre la causa era stata individuata durante il giudizio d'appello, a livello basso e periferico, nel capo deposito, peraltro non imputato nell'atto di accusa¹⁵.

2.3. Il disastro aviatorio di Linate

L'8 ottobre 2001, all'aeroporto milanese di Linate, su cui gravava una fitta nebbia, si verificò una collisione tra un Boeing MD 87 delle linee aeree scandinave Sas in fase di decollo e un jet privato tedesco Cessna che, erroneamente, si era trovato a rullare sulla medesima pista: nello scontro persero la vita tutte le persone a bordo dei due velivoli e altre a terra, per un totale di 118 vittime.

La collisione fu attribuita, nell'atto di accusa, ad un concorso di cause, variamente imputate a titolo di colpa a tutti i livelli: ai vertici dirigenziali degli enti addetti alla sicurezza di volo (Enav) e al funzionamento, controllo e sorveglianza dell'aeroporto (Enac), ai responsabili del servizio di manutenzione aeroportuale (Sea), al direttore dell'aeroporto, al direttore degli scali, fino al controllore di volo.

Determinanti furono considerati la scarsa visibilità della segnaletica dipinta sulla pavimentazione dell'aeroporto; un errore del controllore di volo nel non rilevare che la posizione del *jet* privato tedesco comunicata dal pilota era diversa da quella per la quale egli aveva autorizzato la continuazione del rullaggio; la mancanza di un radar di sorveglianza del movimento di superficie¹⁶ che avrebbe permesso al controllore di terra di rilevare la presenza del piccolo *jet* vicino a dove stava per decollare il Boeing; la mancanza di un sistema di allarme alla sbarra; l'omessa adozione delle procedure stabilite dall'Organizzazione Internazionale dell'Aviazione Civile per le limitazioni della movimentazione al suolo degli aeromobili in condizioni di scarsa visibilità che, prevedendo il divieto di

del capo deposito avrebbe realmente costituito una causa eccezionale sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento, oppure se fosse nella facoltà del capo deposito di decidere diversamente, nel qual caso sarebbe venuto meno il carattere eccezionale e imprevedibile della sostituzione (1521).

¹⁵ È stato correttamente osservato che «sembrerebbe di essere al cospetto della motivazione di una sentenza che conferma una condanna, più che di una pronuncia che avalla definitivamente il non luogo a procedere» (P. VENEZIANI, *Un disastro ferroviario prevedibile ed evitabile, ma senza un responsabile?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1522).

¹⁶ Originariamente esisteva a Linate un radar di terra, ma venne soppresso nel 1996, per essere sostituito con altro sistema, più efficiente, di controllo. La sostituzione, peraltro, non era stata ancora effettuata per cui l'aeroporto, al momento della collisione, era privo di radar di controllo dei movimenti al suolo.

autorizzare il volo di più di un aeromobile per volta in caso di visibilità inferiore a 400 metri, avrebbero evitato lo scontro dei velivoli.

Salvo i dirigenti del servizio di manutenzione aeroportuale, tutti vennero condannati in primo grado per disastro colposo e omicidio plurimo colposo¹⁷, con pene più elevate il controllore di volo e il direttore degli scali (8 anni), l'amministratore delegato dell'Enav, il responsabile dell'Enac e il direttore dell'aeroporto (6 anni e 6 mesi), con pene più ridotte, ma sempre sopra i limiti della sospensibilità (dai 3 anni e 4 mesi ai 4 anni e 4 mesi), alcuni funzionari dell'Enav.

I giudici d'appello¹⁸, con una pronuncia che la Cassazione ha ritenuto corretta¹⁹, riformarono la sentenza in ordine all'assoluzione dei dirigenti del servizio di manutenzione aeroportuale, alla condanna del direttore d'aeroporto e del direttore degli scali, all'entità della pena del controllore di volo.

I dirigenti del servizio di manutenzione vennero condannati a tre anni di reclusione. I due direttori dell'aeroporto e degli scali vennero assolti, per mancanza di posizione di garanzia. La pena del controllore di volo venne ridotta a 3 anni.

In particolare, con riguardo al direttore d'aeroporto, mentre i giudici di primo grado gli avevano attribuito una responsabilità omissiva per mancato impedimento del disastro aviatorio, *ex art. 40, c. 2, c.p.*, ritenendolo titolare di un obbligo di controllo e vigilanza sulla regolarità e sicurezza del traffico aereo, in base ad alcune disposizioni del codice della navigazione, la Corte d'Appello di Milano ritenne che tale posizione di garanzia non fosse più ravvisabile nel direttore d'aeroporto in quanto trasferita nel 1996 e nel 1997 a due enti, l'Enav e l'Enac, i cui dirigenti, infatti, erano tra i soggetti ritenuti responsabili e condannati per il disastro. Pertanto egli venne assolto.

2.4. Il disastro ambientale di Seveso: la nube tossica

Il 10 luglio 1976 a Seveso, nello stabilimento dell'industria chimica Icmesa (industrie chimiche Meda società azionaria), dove si produceva un diserbante, il Tfc, si verificò la rottura di un disco di sicurezza con

¹⁷ L'amministratore delegato dell'Enav, il responsabile territoriale dell'Enac e il direttore dell'aeroporto di Linate vennero giudicati con rito ordinario e condannati dal Tribunale di Milano il 16.04.2004. Gli altri imputati vennero giudicati con rito abbreviato: con sentenza del 14 marzo 2005 del Gip del Tribunale di Milano il direttore generale di Enav venne condannato, mentre i due responsabili della società Sea di manutenzione e gestione delle risorse aeroportuali vennero assolti per non aver commesso il fatto.

¹⁸ Corte d'Appello di Milano, 7 luglio 2006, *inedita*.

¹⁹ Cass. pen., Sez. IV, 20.02.2008, Gualano e altri, in *Cass. pen.*, 2009, 537.

conseguente fuoriuscita dal reattore di un forte getto di vapore bianco per circa 20 minuti, che formò una nube densa di sostanze altamente tossiche, tra le quali la Tcdd (tetraclorodibenzoparadiossina, abbreviato: diossina), che rapidamente si diffuse, inquinando un vasto territorio. Le sostanze disperse nell'ambiente provocarono danni alle colture, agli animali e alle persone, in particolare a minori, che riportarono orticaria diffusa, eczemi, edemi al viso, congiuntiviti, cloracne.

Premesso che il procedimento per la produzione del diserbante era intrinsecamente pericoloso, perché la sostanza impiegata per produrlo (tricolorofenato) era instabile a temperature elevate e lo stesso prodotto finale non era stabile e poteva contaminarsi con sostanze tossiche, la causa dello scoppio del disco di sicurezza del reattore venne attribuita a reazioni di elevata esotermicità, dovuta alla mancanza di adeguati sistemi di sicurezza – in particolare di un allarme, di una sorveglianza dell'impianto e di un collegamento del reattore a serbatoi di raccolta di effluenti –, nonché all'uso di un vapore le cui caratteristiche non garantivano il mantenimento della temperatura di massa sotto il livello critico di 180°.

I soggetti che rivestivano posizioni direttive e tecniche all'interno dell'Icmesa e della Givaudan (società svizzera controllante l'Icmesa) vennero imputati dei delitti di disastro ambientale colposo *ex artt.* 434-449 c.p.²⁰, di rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, *ex art.* 437 c.p. e di lesioni colpose *ex art.* 590 c.p.

In primo grado²¹, quattro dei cinque imputati vennero condannati alla reclusione di 3 anni per il delitto di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro di cui all'art. 437 c.p. (dichiarando in questo assorbito il delitto di disastro colposo *ex artt.* 434-449 c.p.); il responsabile del dipartimento di ingegneria dell'Icmesa venne condannato per il meno grave delitto di disastro colposo, peraltro con condono della pena della reclusione di 2 anni e sei mesi; nei confronti di tutti, infine, venne dichiarato il non doversi procedere, per intervenuta amnistia, per le lesioni colpose plurime.

La sentenza venne in buona parte riformata in secondo grado²².

²⁰ «Disastro ambientale colposo» è una definizione coniata dalla giurisprudenza e ricavata dalla combinazione degli artt. 449 e 434 c.p. (da ultimo Cass. pen., Sez. III, 16.01.2008, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1334). Di per sé l'art. 449 c.p. non prevede espressamente una fattispecie di disastro colposo ambientale: la rubrica, infatti, è «delitti colposi di danno» e il precetto rinvia, per l'individuazione del fatto tipico, ai disastri dolosi di cui al Capo I che, oltre ad una serie di disastri nominati (ferroviario, aviatorio, frana, valanga, naufragio, sommersione, crollo di edificio), prevede, all'art. 434 c.p., anche una figura generica, innominata, di «altro disastro doloso», in cui, appunto, la giurisprudenza fa confluire il disastro ambientale.

²¹ Tribunale di Monza, 24.09.1983, Von Zwehl e altri, in *Giust. pen.*, 1986, II, 171.

²² Corte d'Appello di Milano, 14.05.1985, Von Zwehl e altri, in *Giust. pen.*, 1986, II, c. 180.

Esclusa la configurabilità del delitto di rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, per difetto di dolo, ravvisando nei dirigenti responsabili di tale condotta un atteggiamento di colpa, i giudici condannarono per il solo delitto di disastro colposo, aggravato dalla previsione dell'evento due dei cinque dirigenti condannati in primo grado: il direttore generale dell'Icmesa, massimo responsabile tecnico dell'Icmesa e il direttore tecnico della società madre Givaudan, investito delle funzioni di controllo e direzione dell'attività dell'affiliata Icmesa, in quanto entrambi titolari dell'obbligo di adoperarsi per l'adeguamento delle misure di sicurezza allora in uso, palesemente insufficienti, obbligo omesso colposamente. Le condanne, rispettivamente alla reclusione di 2 anni e di un anno e mezzo, vennero condizionalmente sospese con il beneficio della non menzione sul certificato del casellario²³.

Gli altri tre dirigenti vennero assolti: due perché all'epoca dell'incidente non avevano più funzioni tecniche e progettuali, il terzo perché, nella sua posizione di vertice, non si occupava direttamente della progettazione e della gestione dell'impianto e dei sistemi di sicurezza ma aveva delegato tale funzione a chi ne aveva la competenza tecnica.

La pronuncia d'appello venne ritenuta incensurabile dalla Cassazione, con rigetto del ricorso dei due condannati²⁴.

3. I disastri «ad effetto differito»

3.1. Porto Marghera

Nel 1985 vennero presentati alcuni esposti dalla redazione della rivista *Medicina democratica*, per segnalare il pericolo per la salute dei lavoratori del petrolchimico Montedison di Porto Marghera, derivante dall'esposizione al cloruro di polivinile monomero (cosiddetto Cvm) e al dicloroetano, sostanze utilizzate per la produzione di Pvc, riconosciute cancerogene dall'Organizzazione mondiale della sanità, e per segnalare che l'esposizione aveva provocato la morte per tumore di 120 lavoratori addetti alla lavorazione del Cvm.

Tra il 1995 e il 1996 il Corpo Forestale di Venezia presentò delle relazioni per segnalare che dal 1970 al 1988 nell'insediamento produttivo petrolchimico di Porto Marghera e in sua prossimità erano stati abusivamente smaltiti, abbandonati, scaricati in bacini e discariche scavati

²³ Venne riformata anche la condanna al risarcimento dei danni in solido con la società Icmesa: vennero riconosciute solo 6 persone come beneficiarie del risarcimento danni, rispetto alle 25 della pronuncia di primo grado, che già erano in numero ampiamente inferiore rispetto a tutte le parti civili costituite.

²⁴ Cass. pen., Sez. IV, 23.05.1986, Von Zwehl, in *Cass. pen.*, 1988, 1250.

dall'industria stessa rifiuti vari, compresi alcuni tossico-nocivi, che erano entrati in contatto con le falde acquifere sottostanti.

Con un primo capo d'accusa per le morti e le malattie dei lavoratori, nonché per l'insalubrità dello stabilimento, vennero imputati di omicidio e lesioni colpose multipli *ex artt.* 589 e 590 c.p., di disastro ambientale colposo *ex artt.* 449 e 434 c.p., di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro *ex art.* 437, c. 1, c.p., di strage *ex artt.* 422 e 437, c. 2, i dirigenti che dal 1969 al 2000 avevano rivestito qualifiche implicanti poteri decisionali in ordine all'adozione di sistemi di sicurezza e poteri di spesa, ciascuno per il periodo di propria competenza, e i direttori sanitari, a conoscenza dei problemi nascenti dal contatto dei lavoratori col Cvm.

Gli eventi dannosi dovevano considerarsi conseguenza di loro condotte omissive, consistenti nel non aver fatto cessare i dipendenti di lavorare in condizione di esposizione alle sostanze cancerogene del Cvm e del dicloroetano e nel non aver disposto l'adozione di misure volte a ridurre la concentrazione di tali sostanze entro limiti di non pericolosità.

Ai medesimi soggetti, con un secondo capo d'accusa, venne addebitata la contaminazione di una vasta area, comprendente l'insediamento produttivo di Porto Marghera, la zona lagunare ad esso circostante (canali, falde acquifere, pozzi, suolo e sottosuolo) e la fauna ittica, rispettivamente a titolo di disastro ambientale *ex artt.* 449 e 434 c.p., di avvelenamento delle acque *ex art.* 439 c.p. e di adulterazione di sostanze alimentari *ex art.* 440 c.p., in quanto conseguenza di scarichi illeciti di sostanze tossiche e nocive effettuati dallo stabilimento petrolchimico – oltre che, in precedenza, da altre industrie di lavorazione della bauxite e dell'alluminio – e dell'omessa bonifica dei siti già contaminati.

In primo grado²⁵ tutti gli imputati vennero assolti per tutti i delitti indicati nei due capi d'accusa²⁶.

Con riguardo alle morti e alle malattie dei dipendenti del petrolchimico²⁷, il Tribunale fece una previa distinzione cronologica tra esposizione al Cvm prima e dopo il 1974, anno in cui venne scoperta l'effetto cancerogeno del Cvm, con particolare riguardo all'angiosarcoma epatico. In precedenza questa sostanza era considerata dalla comunità scientifica

²⁵ Tribunale di Venezia, 29.05.2002, Cefis e altri. La sentenza è riportata per intero sul sito <<http://www.petrochimico.it/>>. Stralci relativi alla parte sulla causalità sono pubblicati in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1634 e alla parte sulla colpa in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1670.

²⁶ Per un commento alla sentenza di primo grado con riguardo al profilo della causalità si vedano F. CENTONZE, F. D'ALESSANDRO, *La sentenza del Tribunale di Venezia sul petrolchimico di Porto Marghera*, in *Riv. dir. ambiente*, 2003, 156 ss.

²⁷ Nel decreto di rinvio a giudizio le patologie indicate erano 717; al termine della requisitoria, invece, vennero ridotte dal p.m. a 309, tra tumori epatici, tumori polmonari, tumori del sistema emolinfopoietico, tumori del laringe, tumori cerebrali, altre epatopatie, acrosteolisi e malattia di Raynaud.

internazionale tossica solo per le mani e idonea a provocare, ad altissime esposizioni, la malattia di Raynaud e l'acrosteolisi.

Dato che la causalità va determinata in base alle conoscenze scientifiche del momento dell'accertamento, mentre la colpa in base a quelle del momento della commissione del fatto, il Tribunale riconobbe il nesso di causalità tra l'esposizione ad alte dosi di Cvm di determinate categorie di lavoratori (autoclavisti, insaccatori e essiccatori) e 5 epatopatie (cirrosi), 10 sindromi di Raynaud e acrosteolisi e 8 angiosarcomi, ma escluse la colpa rispetto agli angiosarcomi, non essendo allora ancora noto l'effetto cancerogeno del Cvm.

Pur riconosciuta con riguardo alla sindrome di Raynaud e acrosteolisi la colpa dei dirigenti nel mancato allontanamento degli autoclavisti e degli insaccatori che avevano manifestato sofferenze per il diretto contatto col Cvm e nel non aver fermato gli impianti fino ad una loro modifica, gli imputati furono assolti anche per queste lesioni per intervenuta prescrizione.

Dal 1974, con la conoscenza dell'effetto cancerogeno del Cvm, i dirigenti del petrolchimico disposero interventi di modifica degli impianti, volti a limitare le esposizioni, e misure di protezione personale predisposte soprattutto per i lavoratori più esposti: ci fu un crollo delle esposizioni che fece venire meno l'idoneità lesiva del Cvm, confermata dal fatto che le patologie denunciate si erano formate nel periodo antecedente. I giudici, pertanto, esclusero il nesso di causalità tra l'esposizione al Cvm e le malattie dei lavoratori con riguardo al periodo successivo al 1974, ritenendo che, in realtà, la causa fosse da imputare alle esposizioni elevate precedenti non imputabili per mancanza di colpa.

Con riguardo ai delitti di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro e di disastro colposo, con un'interpretazione restrittiva dei termini «impianti» e «apparecchiature» e un'interpretazione del disastro come reato di danno anziché di pericolo, i giudici di primo grado esclusero la sussistenza del fatto. Anche in relazione ai delitti del secondo capo d'accusa – disastro colposo, avvelenamento di acque destinate al consumo umano e adulterazione di sostanze alimentari – il Tribunale escluse il fatto, rispettivamente per mancanza di condotta penalmente rilevante (non c'erano stati scarichi illeciti e non c'era alcun obbligo giuridico di bonifica dei siti già contaminati), della destinazione alimentare dell'acqua di falda contaminata e del pericolo per la salute umana della fauna ittica che aveva subito mutazioni genetiche.

I giudici di secondo grado²⁸ riformarono la sentenza in relazione all'assoluzione per omicidio colposo plurimo per gli 8 decessi dovuti ad an-

²⁸ Corte d'Appello di Venezia, 15.12.2004, Cefis e altri. La sentenza è pubblicata per intero su www.petrochimico.it e in stralcio, con riguardo alla colpa, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1670.

giosarcoma, nonché per lesioni colpose plurime con riguardo ad alcune epatopatie non multifattoriali.

Mentre in primo grado era stata esclusa la colpa per mancanza di prevedibilità dell'evento, in quanto il Cvm non era ancora riconosciuto scientificamente cancerogeno, la Corte d'Appello, riferendo la prevedibilità ad un evento generico di danno alla vita o alla salute anziché ad un evento tipico conosciuto (angiosarcoma), ritenne sussistente la colpa, consistente nella violazione del dovere cautelare di fermare gli impianti fino ad una loro modifica e ristrutturazione finalizzate a rendere l'ambiente di lavoro sicuro per i lavoratori. Peraltro degli 8 delitti di omicidio colposo 7 vennero dichiarati prescritti per decorrenza dei termini e solo per uno gli appellanti vennero condannati alla reclusione di un anno e mezzo, con sospensione condizionale e non menzione della condanna nel casellario²⁹.

La Corte d'Appello riformò anche l'assoluzione per il delitto di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro nei confronti dei dirigenti responsabili della sicurezza nel periodo tra il 1974 e il 1980. Questi vennero riconosciuti colpevoli della mancata adozione fino al 1980 di impianti di aspirazione di polvere e gas nell'ambiente di lavoro, in quanto già dal 1974 erano consapevoli della cancerogenità dei gas di Cvm e delle polveri di Pvc. Peraltro, i giudici dovettero dichiarare il delitto estinto per decorso dei termini di prescrizione.

La Cassazione³⁰, adita dai dirigenti per un'assoluzione piena e dal p.m. per il riconoscimento della causazione delle molteplici patologie contestate – tumori e altre malattie – per le quali i giudici di merito l'avevano esclusa, confermò la decisione della Corte d'Appello in tutti i punti, salvo che con riguardo al delitto di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro. I giudici di legittimità assolsero uno dei dirigenti che erano stati ritenuti colpevoli in secondo grado (pur essendo il delitto prescritto), per non aver commesso il fatto, in quanto all'epoca in cui risaliva l'omissione egli non era ancora alle dipendenze del petrolchimico.

3.2. Il disastro ambientale di Cengio (caso Acna)

Nel 1971 il Presidente dell'Amministrazione provinciale di Asti e i sindaci di vari comuni della Val Bormida denunciarono con un esposto il grave inquinamento delle acque del fiume Bormida, rilevabile anche *ictu oculi*, provocato dagli scarichi di rifiuti e acidi velenosi provenienti dalle

²⁹ La Corte d'Appello fissò, inoltre, una provvisoria del risarcimento danni (da liquidarsi a parte in sede civile) di 50.000 euro a favore dei figli del lavoratore deceduto.

³⁰ Cass. pen., Sez. IV, 17.05.2006, Bartalini e altri. Pubblicata per intero su <<http://www.petrochimico.it/>> e in parte in *Foro it.*, 2007, II, c. 550.

lavorazioni eseguite nello stabilimento industriale dell'Acna (Azienda coloranti nazionali affini), situata a Cengio nell'alta valle del fiume Bormida.

Gli scarichi, attuati in misura massiccia e ininterrotta per anni, senza l'adozione di strumenti idonei a garantire una adeguata depurazione degli stessi, avevano determinato la distruzione del patrimonio ittico, un tempo ricchissimo, a causa della progressiva riduzione della capacità di autodepurazione del bacino acquifero; danni ai prodotti agricoli dei paesi rivieraschi che, essendo irrigati con le acque del fiume, erano stati contaminati dal medesimo al punto che taluni di essi (patate, pomodori) erano divenuti incommerciabili per il disgustoso odore e per le gravi alterazioni dei caratteri organolettici; numerosi pozzi situati a valle dello stabilimento erano stati chiusi.

Ai direttori dello stabilimento Acna susseguendosi nel lungo arco di tempo in cui le condotte inquinanti di scarico erano state realizzate – ciascuno per il periodo in cui era stato preposto alla direzione dello stabilimento – vennero contestati i delitti di adulterazione e contraffazione di acque o sostanze alimentari destinate all'alimentazione di cui all'art. 440 c.p., con riguardo all'inquinamento delle acque del fiume Bormida e alla contaminazione di prodotti agricoli, e il delitto di danneggiamento di cose esposte per necessità, ex art. 635, c. 2°, n. 3, c.p., con riguardo alle colture rovinate perché irrigate con le acque inquinate del fiume.

Il primo delitto venne contestato anche ai tecnici dell'Acna addetti alle ricerche di laboratorio.

I giudici di primo grado³¹ ravvisarono gli estremi oggettivi e soggettivi del delitto di adulterazione di acque e di sostanze alimentari. Con un'interpretazione estensiva le acque inquinate del fiume vennero intese come destinate, seppure in via mediata e indiretta, all'alimentazione; anche a respingere questa interpretazione, la presenza di inquinanti specifici altamente tossici in un pozzo e in alcune patate rendeva configurabile il pericolo per la salute umana. Venne riconosciuto, inoltre, un atteggiamento di dolo eventuale in tutti i direttori susseguendosi nel tempo, perché essi avevano continuato nel tempo a immettere nel fiume scarichi contenenti sostanze tossiche e nocive, nonostante fossero ben consapevoli dello stato di inquinamento del fiume e dell'insufficienza dei propri mezzi e strumenti di depurazione degli scarichi, senza adottare, né proporre l'adozione di misure idonee a impedire ulteriori pregiudizi e ad eliminare o quanto meno ridurre quelli già provocati. In tal modo accettarono il rischio che l'inquinamento del Bormida si estendesse alle acque dei pozzi, ai terreni irrigati e ai prodotti agricoli, in modo pericoloso per la salute.

Riconosciuta l'adulterazione con riguardo alle colture, venne di conseguenza ritenuto sussistente anche il danneggiamento aggravato. Per-

³¹ Tribunale di Savona, 17.06.1982, Menozzi e altri, in *Difesa pen.*, 1983, 77.

tanto il Tribunale condannò i direttori per i due delitti alla reclusione di 2 anni e due mesi, mentre assolse i tecnici di laboratorio per non aver commesso il fatto, in quanto non dotati di poteri decisionali ma solo di funzioni consultive.

La Corte d'appello di Genova³², adita dai condannati per contestare la sussistenza del delitto di cui all'art. 440 c.p., assolse gli appellanti da entrambi i delitti per non aver commesso il fatto.

Venne, infatti, respinta l'interpretazione estensiva dei giudici di primo grado in relazione al concetto di acque destinate all'alimentazione, escluso il pericolo per la salute umana, nonché il rapporto di causalità tra la contaminazione del fiume e quella dei prodotti agricoli.

Per l'inquinamento provocato dallo stabilimento dell'Acna, pertanto, nessuno venne condannato.

4. Un confronto tra tipologie di disastro

I disastri colposi di cui abbiamo appena ripercorso in breve i fatti e le vicende giudiziali, hanno caratteristiche differenti sotto più profili.

Abbiamo già evidenziato una differenza con riguardo al momento dell'evento rispetto alla condotta lesiva, utilizzandola quale criterio per distinguere due gruppi di disastri: istantanei e «ad effetto differito».

Un'altra diversità attiene al contenuto lesivo dell'evento e dipende dal fatto che il danno o pericolo diffuso³³ sia umano e ambientale – è il caso di Seveso e Porto Marghera –, solo ambientale – Cengio –, o solo umano (Linate, Pendolino e treno a Ponte Chiasso).

Un ulteriore profilo di diversità concerne il tipo di fattore causale.

Causa può essere una sostanza nociva, come il Cvm nel disastro di Marghera, il Tcf in quello di Seveso e i rifiuti nocivi della lavorazione dei colori Acna nel disastro di Cengio; sostanza che produce i suoi effetti mediante una condotta umana colposa consistente nel gestirla in modo tale da non neutralizzarne la pericolosità.

Si pensi a Seveso: il triclorofenato, prodotto nello stabilimento della Icmesa, essendo pericoloso per la sua forte instabilità a elevate temperature, avrebbe dovuto essere impiegato nel rispetto di una serie di cautele volte a neutralizzare detta pericolosità; invece, per un errore di

³² Corte d'Appello di Genova, 18.05.1983, Menozzi e altri, in *Difesa pen.*, 1983, 94.

³³ È consolidata in giurisprudenza l'interpretazione del concetto di disastro come qualunque avvenimento grave e complesso contraddistinto da una prorompente diffusione che esponga a pericolo, collettivamente, un numero indeterminato di persone. Cfr. Cass. pen., Sez. I, 20.04.2006, Simonetti, in *Cass. pen.*, 2007, 2503; Cass. pen., Sez. IV, 20.02.2007, Rubiero, in *Riv. pen.*, 2007, 995; Cass. pen., Sez. III, 16.01.2008, in *Dir. e giur. agr.*, 2009, 195.

valutazione, i responsabili dell'azienda non le hanno adottate, con la conseguenza che si è verificato lo scoppio del disco di sicurezza del reattore per eccessiva esotermia³⁴.

La causa può essere, invece, ravvisabile solo nella condotta umana. È il caso, ad esempio, della *runaway incursion*³⁵ del disastro aereo di Linate.

I giudici l'hanno, infatti, individuata in un errore materiale del controllore di volo, che non si è reso conto che il pilota da lui guidato era su una pista sbagliata; in un errore di valutazione dei dirigenti delle aziende addette alla sicurezza del traffico aereo, che non hanno predisposto una serie di misure precauzionali fondamentali per la sicurezza, quali il radar di terra e l'allarme alla sbarra, né adottato le linee guida di sicurezza di volo che impongono di far alzare in volo un solo aereo alla volta in caso di visibilità inferiore a 400 metri; nell'omesso controllo dello stato della segnaletica sulla pavimentazione della pista da parte dei dipendenti dell'azienda dei servizi di manutenzione³⁶.

Le differenze enucleate si presentano variamente combinate nei disastri esaminati, ma una combinazione si ripete: gli eventi differiti sono sempre scatenati da sostanze tossiche.

Questo comun denominatore ha giocato un ruolo fondamentale, a nostro giudizio, come cercheremo di spiegare, nell'accertamento delle responsabilità penali.

5. Attività rischiose e conoscenza scientifica

In tutti i disastri esaminati l'attività produttiva o di servizi era di per sé rischiosa, in relazione al mezzo impiegato o all'oggetto di produzione³⁷.

³⁴ Tenuto conto che la produzione del Tcf avveniva anche nei giorni e negli orari di chiusura dello stabilimento, sarebbe stato opportuno, anzi doveroso, predisporre un sistema di allarme che avvisasse in caso di superamento della soglia di sicurezza della temperatura dei forni, nonché una vigilanza dello stabilimento.

³⁵ Con tale espressione si indica la «presenza non prevista di un aeromobile, di un veicolo o di una persona su una pista o nelle sue vicinanze» (F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, cit., 76).

³⁶ La segnaletica era sbiadita e insufficientemente visibile, soprattutto in condizioni di scarsa visibilità come la nebbia.

³⁷ Per approfondimenti sul tema della responsabilità penale nelle attività rischiose, tra i tanti, si rinvia a: F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e il modo di produzione*, cit.; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988; L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, 3^a ed., Milano, 2003; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, cit.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004; B. GIANGIACOMO, *Società del rischio e disastri tecnologici*, in *Dir. e formaz.*, 2005, 1480 ss.

In alcune attività il rischio è noto e determinato in modo sufficiente da diventare «dominabile» da parte dell'uomo, ossia da consentire la prevedibilità e prevenibilità di specifici eventi lesivi, attraverso l'elaborazione di regole precauzionali; ciò in quanto la scienza è in grado di stabilire con elevato grado di probabilità – qualche volta con certezza – quali eventi lesivi e a quali condizioni possono derivare dall'attività in questione.

In altre, invece, il rischio è incerto e indeterminato, in ragione delle mancanti o ridotte conoscenze scientifiche.

Il rischio è tanto più ignoto quanto meno certo è il dato di esperienza, ossia quanto più bassa è la frequenza con la quale nella realtà, a quella attività consegue un certo evento lesivo in circostanze simili. Da qui la difficoltà di dominarlo e la necessità, per riuscirci, di ricorrere a misure non semplicemente precauzionali, volte ad impedire un determinato evento, bensì «cautelative», «ultraprudenziali», volte cioè ad impedire il pericolo generico di eventi lesivi, ad esempio di un danno alla salute³⁸.

Tra i casi esaminati, il rischio si presentava, a nostro parere, sufficientemente determinato nei due disastri ferroviari, in quello aereo e in quello ambientale di Seveso; maggiormente indeterminato, invece, nei disastri ambientali di Porto Marghera e di Cengio.

5.1. Attività con rischio sufficientemente determinato e noto: il trasporto ferroviario

Nel servizio di trasporto ferroviario il rischio è sufficientemente determinato e dominabile, perché la scienza e l'esperienza concreta hanno individuato un ventaglio di cause ricorrenti con elevata frequenza, quindi tipiche, di eventi offensivi, quali la velocità al di sopra di certi limiti e l'accidentalità del percorso.

Infatti, non essendo di regola uniforme ma caratterizzato da tratti eterogenei per pendenza e per morfologia (lineari, curvilinei, in salita, in discesa, ecc.), il percorso ferroviario deve essere suddiviso in tratte, ciascuna con un proprio limite di velocità e con una segnaletica che rilevi ostacoli e situazioni di pericolo.

I fattori di rischio sono noti nel contenuto e negli effetti, per cui è possibile elaborare norme cautelari volte a prevenire determinati tipi di evento (collisioni e ribaltamenti), nonché sistemi di sicurezza in attuazione delle suddette precauzioni, come ad esempio la predisposizione lungo la linea ferroviaria di segnali elettrici (cosiddetti codici) che danno informazioni sul percorso e l'installazione sui locomotori di un sistema di

³⁸ Sul punto si rinvia a C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1692.

ripetizione a bordo dei suddetti segnali (denominato Rsc), quest'ultimo funzionale anche a prevenire errori o distrazioni dei macchinisti.

Il servizio di trasporto ferroviario, se svolto in conformità alle sopra citate misure e sistemi precauzionali, può dirsi sicuro con elevata probabilità, salvo l'intervento di fattori eccezionali e imprevedibili, quali ad esempio il malore del macchinista³⁹, la rottura di un freno o del sistema Rsc, il mancato funzionamento dei segnali posti sulla linea, l'avaria di un motore, sempre che questi problemi meccanici non siano in realtà prevedibili a causa di cattiva manutenzione.

La conoscenza scientifica di un certo numero di possibili cause dei disastri ferroviari e la correlata esistenza di norme di sicurezza volte a prevenirle agevola il giudice nell'accertamento della causalità e della colpevolezza.

Nei due disastri ferroviari esaminati, in particolare, le cause ci paiono potersi ravvisare in fattori – la mancanza del sistema di ripetizione dei segnali a bordo nella collisione di Ponte Chiasso e la rimozione del codice 180 nella tratta ferroviaria prima della stazione di Piacenza nel ribaltamento del Pendolino⁴⁰ – che hanno reso l'evento lesivo verificatosi (collisione e deragliamento) prevedibile secondo la scienza ed esperienza umana, nonché prevenibile con l'uso della doverosa diligenza e prudenza.

Di contrario avviso, almeno in parte, sono stati, tuttavia, gli organi giudicanti.

Secondo questi, le cause sopra citate sono state «superate», in entrambe le vicende, da una causa eccezionale sopravvenuta, da sola determinante, *ex art. 41, c. 2, c.p.*

Per la precisione, la causa eccezionale sopravvenuta è stata ravvisata nelle condotte di soggetti appartenenti ai livelli più bassi dell'organigramma aziendale: il capo deposito nella collisione di Ponte Chiasso, i macchinisti nel ribaltamento di Piacenza. I dirigenti delle Ferrovie dello Stato, imputati di disastro ferroviario e di omicidio plurimo, sono stati, invece, assolti in entrambi i procedimenti penali per non aver commesso il fatto. Dato che i macchinisti erano morti nell'incidente e il capo deposito non era stato accusato, i disastri sono rimasti impuniti.

Gli esiti destano non poche perplessità.

Nel caso di Ponte Chiasso non pare convincente, alla luce delle circostanze del caso concreto, la considerazione che il fattore sopravvenuto – cambio di locomotore – fosse eccezionale: era stato accertato, infatti, da entrambi i giudici di merito che, anche se l'amministratore delegato

³⁹ Peraltro un'altra misura cautelare impone il sistema di guida con doppio macchinista, proprio per prevenire i danni che deriverebbero dal fattore malore, qualora uno solo fosse il macchinista, quindi causa eccezionale dovrebbe essere il malore di entrambi.

⁴⁰ Il codice 180 segnalava prima l'obbligo di rallentamento e, in caso di ancora eccessiva velocità, faceva scattare l'arresto automatico, in prossimità di una curva pericolosa prima della stazione di Piacenza.

di Trenitalia aveva comunicato con largo anticipo la composizione teorica del treno con locomotore dotato di sistema Rsc, era elevatissima la percentuale di variazione della composizione dei convogli (68,10%). La stessa Cassazione ha manifestato dubbi sull'affermazione che l'autonoma decisione del capo deposito di sostituire il locomotore dotato di detto sistema con uno privo avesse l'efficacia di causa sopravvenuta eccezionale *ex art. 41, c. 2, c.p.*, in quanto «fondata su un presupposto non dimostrato e neppure enunciato»⁴¹. Peraltro, il punto non era contestato in ricorso e quindi i giudici di legittimità non hanno potuto esprimersi sulla correttezza dell'accertamento da parte dei giudici di merito.

Nel caso del Pendolino, i giudici hanno attribuito alla condotta negligente dei macchinisti valenza di fattore eccezionale sopravvenuto da solo determinante l'evento: tuttavia, non c'erano dati sufficienti a suffragare tale ipotesi in quanto, essendo morti i macchinisti nello scontro, i giudici non hanno potuto stabilire la ragione del loro comportamento⁴² e se questo fosse realmente colposo, sotto il profilo dell'esigibilità dell'osservanza delle regole cautelari violate.

Nei due disastri, in definitiva, l'accertamento del nesso causale è contraddistinto da un medesimo schema: in prima battuta si ravvisa una *condicio sine qua non*, a prova di legge scientifica, attribuibile ai vertici aziendali; poi, però, la sua efficacia causale viene ritenuta annullata e superata dal sopravvenire di un fattore al quale i giudici riconoscono valore di causa eccezionale, imprevedibile e determinante.

In entrambi i casi l'esito di questa spiegazione eziologica è lo spostamento della responsabilità dal livello dirigenziale a quello operativo, cosa che non pare assolutamente casuale.

5.2. *Segue: il trasporto aereo*

Anche il trasporto aereo è annoverabile tra le attività dal rischio sufficientemente determinato e noto, grazie alla scienza e all'esperienza.

⁴¹ Cass. pen., Sez. IV, 19.10.2006, Cicirello e altri, cit., 1522.

⁴² Addirittura i giudici hanno affermato che, poiché «il comportamento del personale di macchina dell'Etr Botticelli non risulta(va) essere stato assunto a bordo di nessun altro dei numerosissimi treni retrospettivamente analizzati per finalità comparative e presenta(va) una contraddittorietà tanto macroscopica con tutte le concomitanti indicazioni cautelari e di servizio», non fosse «peregrina neppure l'estrema ipotesi della deliberata sfida del rischio» (Tribunale di Piacenza, 31.05.2001, Cremonini e altri, cit., 1541). Un'ipotesi, ci pare, a dir poco azzardata che delinea i macchinisti come kamikaze o adolescenti incoscienti, anziché come professionisti abituati a percorrere quelle tratte ferroviarie e dotati della doverosa prudenza. Se mai un'ipotesi del genere fosse verosimile, bisognerebbe allora estremizzare il discorso e riconoscere una *culpa in eligendo* nei dirigenti delle Ferrovie dello Stato.

L'attività di volo è rischiosa con particolare riguardo ai mezzi coi quali è svolta (le macchine complesse hanno insito per ciò stesso un fattore di rischio), nonché per l'interferenza degli agenti meteorologici (turbolenze, nebbia). La tecnologia ingegneristica, però, ha «dominato» il rischio attraverso una regolamentazione precauzionale dell'attività⁴³, nonché la predisposizione di strumenti e misure di sicurezza sul mezzo di trasporto, e l'installazione a terra e in cielo di apparecchiature (radar, satelliti) per controllare la regolarità del volo.

Nel caso Linate il disastro ha trovato una precisa e corretta ricostruzione causale da parte dei giudici.

Data la presenza quel giorno di un fattore di rischio, la nebbia, e tenuto conto che esso era stato già da tempo «neutralizzato» con l'elaborazione di regole precauzionali e la predisposizione di strumenti e misure di sicurezza, la conformità a questi avrebbe certamente impedito la collisione tra i due aerei. L'evento si è verificato proprio in conseguenza di omissioni in ordine all'adozione di un radar a terra e di sbarre con allarme sulla pista, nonché all'applicazione delle linee guida sulle limitazioni di volo in caso di nebbia, e ancora all'inadeguata manutenzione dei segnali visivi sulla pavimentazione.

In questo caso i giudici non hanno esitato ad attribuire le mancanze ai livelli dirigenziali, che sono stati ritenuti, alla fine della vicenda giudiziaria, i maggiormente incidenti sul piano causale, dati i rilevanti ed autonomi poteri decisionali in ordine alla sicurezza, derivanti dalla loro posizione di garanzia.

In realtà, in primo grado la pena più elevata era stata irrogata al controllore di volo – otto anni di reclusione –, la cui condotta colposa era stata ritenuta prevalente su quelle dei dirigenti, puniti con la reclusione a sei anni e sei mesi.

In appello, e con conferma in Cassazione, la scala dei valori è stata corretta, in modo riteniamo conforme all'effettivo apporto causale dei singoli e alla posizione di garanzia di ciascuno: è stata, infatti, radicalmente ridimensionata la responsabilità del livello-base⁴⁴; ribadita quella dei vertici⁴⁵, riconosciuta la responsabilità di un livello intermedio⁴⁶; esclusa quella dei direttori di aeroporto e degli scali, in quanto figure

⁴³ Peraltro, è stato evidenziato, in senso negativo, un aumento esasperato delle norme cautelari scritte che, unitamente alla sovrapposizione di competenze e alla moltiplicazione delle posizioni di garanzia, ha creato un sistema di prevenzione e gestione dei rischi assolutamente inadeguato e irrazionale (così F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, cit., 78).

⁴⁴ La pena del controllore di terra è stata ridotta a tre anni.

⁴⁵ Ci riferiamo ai sei anni e sei mesi di reclusione per l'amministratore delegato di Enav e per il responsabile di Enac.

⁴⁶ I dipendenti della Sea, cioè della società del servizio di manutenzione aeroportuale, assolti in primo grado, sono stati condannati a tre anni di reclusione.

ormai prive di alcun potere decisionale e di posizione di garanzia. Data la notevole portata lesiva del disastro – 118 vittime – tutte le pene sono state stabilite al di sopra del limite di sospensibilità.

Diversamente dai disastri ferroviari, qui non si è spostata la responsabilità verso il basso ma essa è stata distribuita equamente alla luce di una corretta ricostruzione causale del disastro e di una precisa individuazione delle posizioni di garanzia.

5.3. Segue: la produzione del tricolorofenato

Nel disastro di Seveso, l'esplosione del reattore e la conseguente dispersione nell'ambiente di una nube tossica sono legate alla produzione di una sostanza tossica: il tricolorofenato. All'epoca del disastro ne erano note le caratteristiche pericolose, in particolare l'instabilità ad elevate temperature. Pertanto, erano già conosciuti sistemi e misure per tenere sotto controllo questo aspetto pericoloso: il rischio della produzione di Tfc, in tal senso, può considerarsi noto, determinato e dominabile.

Per questo i giudici di merito hanno potuto individuare la causa dell'esplosione nell'omessa adozione di una serie di misure precauzionali conosciute che, se predisposte nello stabilimento, avrebbero impedito l'ipertermia verificatasi o quanto meno la rilevazione della stessa e l'intervento tempestivo per il ripristino della giusta temperatura, con prevenzione della rottura del disco di sicurezza, che ha determinato la fuoriuscita dal reattore di una densa nube gassosa di sostanze tossiche.

L'omissione, diversamente che nei disastri ferroviari esaminati e similmente al disastro aviatorio, è stata imputata ai dirigenti in posizione di vertice, in quanto investiti dei poteri decisionali in ordine alla sicurezza del processo produttivo del Tfc⁴⁷.

Peraltro, nell'individuazione dei soggetti responsabili rileviamo un motivo di criticità.

In primo grado, la responsabilità per l'omessa adozione di adeguate misure di sicurezza è stata ripartita, ai vari livelli dirigenziali (responsabile del dipartimento ingegneria e sicurezza, responsabile tecnico, direttore tecnico, amministratore delegato e direttore generale), tra coloro che erano

⁴⁷ Peraltro, mentre i giudici di primo grado hanno condannato i dirigenti per il delitto di omissione dolosa di misure cautelari contro infortuni, quelli di appello hanno degradato il fatto a disastro colposo aggravato dalla previsione dell'evento, ritenendo che quelli non avessero accettato la situazione di rischio per i lavoratori nell'ambiente di lavoro nell'omettere le doverose misure cautelari. Conseguentemente la pena è stata ridotta e sospesa condizionalmente; inoltre, è stato attribuito il beneficio della non menzione della condanna nel casellario giudiziale. Tutto ciò ha determinato un evidente indebolimento, per non dire svuotamento, della funzione repressiva e preventiva della pena.

investiti di poteri di ordine tecnico-ingegneristico, per aver progettato le misure, o per aver diretto e coordinato la predisposizione e l'installazione delle stesse, avendone una precisa conoscenza, o ancora per avere il potere, in ragione della propria posizione di massimo vertice, di intervenire a fini modificativi o integrativi del sistema di sicurezza in uso.

L'elenco dei responsabili evidenzia in modo lampante che non sono state imputate omissioni colpevoli di natura amministrativa ed economica. Il massimo vertice, l'amministratore delegato e direttore generale, è stato, infatti, condannato per omissioni riguardanti funzioni tecniche di scelta delle misure di sicurezza maggiormente idonee, anziché di impegno di spesa.

In un'azienda, tuttavia, la progettazione del sistema di sicurezza e le successive modifiche per migliorarlo e potenziarlo dipendono proprio dall'impegno di spesa deliberato dal vertice amministrativo: la scelta tecnica delle misure, cioè, è condizionata a monte da scelte politiche di spesa. I vertici amministrativi stabiliscono una copertura massima per i sistemi di sicurezza e questi vanno scelti tenendo conto del loro costo e purché rientrino in tale *budget*. Pertanto, la funzione politica-economica di pianificazione di spesa è il fulcro dell'impresa che dà origine, a nostro giudizio, ad una posizione di garanzia in capo a coloro che la svolgono e, conseguentemente, ad una loro responsabilità omissiva nel caso in cui, per scelta economica, non siano stati adottati nell'azienda sistemi di sicurezza adeguati al tipo di rischio esistente.

La deresponsabilizzazione del vertice amministrativo, quindi, ci pare costituire, il punto di debolezza della decisione di primo grado.

Punto sul quale nulla hanno potuto fare i giudici d'appello, se non mettere a nudo la pecca originaria: il Tribunale aveva attribuito all'amministratore delegato una responsabilità tecnico-progettuale fondata su una funzione meramente formale, ma la Corte d'Appello lo ha assolto, affermando correttamente che egli non aveva una diretta funzione di progettazione e di gestione dell'impianto di sicurezza, avendola delegata a chi ne aveva competenza tecnica.

La mancata contestazione iniziale, nei confronti dell'amministratore delegato, di un addebito per omissione legata alla politica di pianificazione della spesa per la sicurezza non ha consentito né un accertamento di fatto in tal senso né, di conseguenza, una condanna sotto questo profilo da parte dei giudici d'appello.

6. Attività con rischio non sufficientemente determinato o ignoto: la produzione di sostanze tossiche

Porto Marghera costituisce l'esempio per eccellenza di materializzazione di un rischio determinato solo in parte nei suoi effetti, a causa delle limitate conoscenze scientifiche.

Il Cvm, in origine ritenuto sostanza dannosa solo per la circolazione e le ossa delle mani⁴⁸, è stato successivamente riconosciuto dalla comunità scientifica anche come un cancerogeno iniziante, che agisce secondo un rapporto dose-risposta ad esposizioni cumulative elevate, e contraddistinto da un lungo periodo di latenza⁴⁹.

Peraltro, date la multifattorialità dei tumori, la spesso non specificità e distinguibilità, sotto il profilo morfologico, delle neoplasie professionali rispetto a quelle extraprofessionali e la 'dilatazione diacronica del rischio da esposizione'⁵⁰, la scienza non è in grado di stabilire con certezza, tutti i tipi di tumore che il Cvm può indurre.

«L'incertezza e l'imprevedibilità [...] sul terreno causale ha[nno] comportato il progressivo, crescente ricorso alla categoria della "probabilità" [...]. La spiegazione causale viene dunque ad assumere uno spessore essenzialmente *probabilistico*⁵¹. Se è alta la frequenza dell'insorgenza di un certo tipo di tumore in persone addette ad un medesimo tipo di mansione che le pone a contatto con elevate concentrazioni della sostanza nociva, e non si rileva la presenza di altri fattori causali noti, si può affermare che il Cvm ha indotto tale patologia. Ciò a maggior ragione quando la neoplasia presenti una specificità morfologica. Se, invece, la frequenza è media o bassa, il rapporto causale non può essere sostenuto oltre il ragionevole dubbio.

Alla luce di questo modello di spiegazione della causazione degli eventi nei settori in cui il rischio è contraddistinto da carenze di conoscenze scientifiche, i giudici hanno ritenuto il Cvm causa di un solo tipo di tumore, tra tutti quelli che avevano colpito i lavoratori, l'angiosarcoma epatico (l'unico contraddistinto, tra l'altro, da specificità che consente di considerarlo una malattia professionale); non invece dei melanomi, dei tumori ai polmoni, al cervello, alla laringe, al sistema emolinfopoietico, perché, mancando una frequenza alta tra esposizione e comparsa di questi tumori, non poteva dirsi altamente probabile l'induzione di essi da parte del Cvm.

Peraltro, nell'accertamento giudiziale del Tribunale e della Corte d'Appello di Venezia rileviamo alcune incongruenze e contraddittorietà.

⁴⁸ Prima del 1974 era riconosciuta la capacità del Cvm di indurre due patologie particolari, la sindrome di Raynaud e l'acrosoteolisi, che determinavano, rispettivamente disfunzioni alla circolazione delle mani e corrosione delle ossa delle falangi: infatti, colpivano determinate categorie di lavoratori, gli autoclavisti e gli insaccatori, che venivano a diretto contatto con il Cvm, rispettivamente nella pulizia delle autoclavi o dei filtri e nell'insacco.

⁴⁹ Il periodo intercorrente tra la presumibile epoca di induzione del tumore a seguito della esposizione alla sostanza e la manifestazione dello stesso è stimato in un minimo di 15 anni ed un massimo di 30 anni.

⁵⁰ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 408.

⁵¹ C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 162-163.

Una contraddizione emerge con riguardo alle fonti della legge di copertura da porre a base del giudizio di causalità.

I giudici di merito affermano che la causalità può essere ritenuta sussistente solo se trova spiegazione nella scienza, in una conoscenza scientifica effettiva e affidabile, determinata dalla validazione e dalla accettazione generale della comunità scientifica, nonché dalla verifica empirica della sua spiegazione mediante il controllo delle ipotesi⁵². Una conoscenza basata, quindi, su leggi universali e anche statistiche, queste ultime «a patto che la frequenza consenta di inferire l'*explanandum* con quasi certezza sulla base di una relazione logico-probabilistica»⁵³; non, invece, sugli studi epidemiologici, perché questi spiegano l'attribuzione del rischio, sono cioè rivolti al futuro, mentre l'attribuzione causale è rivolta al passato, al singolo caso.

In contraddizione con questa premessa, però, poi i giudici deducono la sussistenza del nesso causale proprio nei casi in cui l'evidenza globale degli studi epidemiologici individua un'associazione forte tra esposizione al Cvm e patologia ed eccessi di rischio nello svolgimento di talune mansioni, vale a dire con riguardo agli angiosarcomi che hanno colpito gli autoclavisti e gli insaccatori, e lo escludono con riguardo agli altri tumori.

Non solo. Prima il Tribunale critica il p.m., dicendo che questi ha spiegato il nesso causale in base al criterio della causalità generale, ossia dell'idoneità della sostanza chimica a produrre certi tipi di evento, e che tale criterio è inaccettabile in quanto, avendo scopo predittivo, non è in grado di spiegare la causalità specifica, cioè di attribuire i singoli eventi lesivi a singoli comportamenti⁵⁴. Successivamente, però, il Tribunale afferma di avere «imboccato la strada che conduce all'assenza della prova, allo stato delle conoscenze scientifiche, dell'idoneità del Cvm a provocare il tumore al polmone, al cervello, alla laringe, riconoscendo solo la sua associazione causale con l'angiosarcoma, con tipiche epatopatie e con la sindrome di Raynaud»⁵⁵.

È evidente una contraddizione in questi due passaggi, che trova ragione, a nostro giudizio, in un salto logico nella spiegazione causale: i giudici non associano causalità generale e legge scientifica. L'osservazione dell'alta frequenza di verificazione di determinate patologie in certi soggetti che si trovano in condizioni simili, in mancanza di fattori causali alternativi noti, determina, insieme al riscontro delle prove di labo-

⁵² Tribunale di Venezia, 29.05.2002, Cefis e altri, cit., 1650.

⁵³ Tribunale di Venezia, 29.05.2002, Cefis e altri, cit., 1648. In questo ed altri passaggi della motivazione è già abbozzato il principio che poco dopo le Sezioni Unite hanno espresso nel caso Franzese: la deduzione della causalità dalla probabilità logica, cioè fondata sulle circostanze del caso concreto e sulla mancanza di fattori alternativi plausibili.

⁵⁴ Tribunale di Venezia, 29.05.2002, Cefis e altri, cit., 1640.

⁵⁵ Tribunale di Venezia, 29.05.2002, Cefis e altri, cit., 1664.

ratorio e alla verifica delle ipotesi, la conoscenza scientifica che consente sia il giudizio di idoneità lesiva a fini predittivi, sia la spiegazione della causalità individuale rispetto al singolo caso di tumore.

Causalità generale e causalità individuale spiegata in base ad una legge scientifica di copertura non possono considerarsi, in tal senso, incompatibili, né come criteri autonomi di imputazione dell'evento, bensì due passaggi logici, il cui connettivo è rappresentato dalla legge scientifica di copertura, per arrivare al medesimo risultato: la spiegazione del singolo evento.

I giudici, hanno, pur parzialmente e celatamente, fatto ricorso ai risultati degli studi epidemiologici per dedurre la sussistenza o insussistenza del nesso causale tra esposizione e malattia. Tuttavia, incomprensibilmente non hanno seguito fino in fondo questa direttrice.

Dagli studi è emersa una forte associazione tra esposizione al Cvm e angiosarcoma, epatocarcinoma, tumore polmonare, mentre le associazioni con gli altri tumori non sono state confermate. Anche guardando ai numeri delle patologie dei lavoratori di Porto Marghera addebitate dal p.m. all'elevata esposizione al Cvm, queste associazioni sono confermate⁵⁶.

In particolare, il tumore al polmone ha colpito un numero significativo (87) di lavoratori appartenenti ad una categoria circoscritta (gli insaccatori), vale a dire di coloro che, per le proprie mansioni, nel periodo eziologicamente rilevante per i casi di cancro polmonare (prima del 1975), avevano respirato polveri di Pvc aventi concentrazioni elevate di Cvm⁵⁷. In seguito al crollo delle esposizioni, grazie all'introduzione di cappe di aspirazione delle polveri, non si sono più registrati nuovi casi di tumore polmonare negli insaccatori.

Tenuto conto di queste circostanze, nonché del fatto che l'inspirazione di polveri tossiche in grandi quantità è una delle possibili cause della neoplasia polmonare, ci si sarebbe aspettati il riconoscimento della causalità del Cvm anche rispetto a questa patologia. Invece il Tribunale di Venezia l'ha esclusa, in quanto i dati relativi al rapporto dose-risposta, ai fini di verificare l'incidenza di tale tumore rispetto all'esposizione cumulativa, erano più incerti e contraddittori rispetto a quelli riguardanti l'angiosarcoma⁵⁸.

La conclusione non ci pare giustificabile perché, a ben vedere, le circostanze sopra descritte, che sembrano convergere oltre ogni ragionevole dubbio a favore della sussistenza della causalità tra Cvm e tumore polmonare, erano presenti anche nei casi di angiosarcoma che, al contrario, è stato ritenuto conseguenza del Cvm. Anche l'angiosarcoma, infatti, ha colpito una categoria circoscritta di lavoratori (autoclavisti)

⁵⁶ Nelle schede delle patologie presentate dal p.m. erano indicati 8 angiosarcomi, 21 epatocarcinomi e ben 87 neoplasie polmonari.

⁵⁷ All'epoca e fino al 1980 non erano ancora in uso le cappe di aspirazione delle polveri di Pvc nello stabilimento di Porto Marghera.

⁵⁸ Tribunale di Venezia, 29.05.2002, Cefis e altri, cit., 1658.

con mansioni che li ponevano a diretto contatto con il Cvm, ad elevate dosi cumulative proprio nel periodo eziologicamente rilevante per il tumore, mentre dopo l'abbattimento delle esposizioni conseguente all'adozione di adeguate misure di sicurezza, non sono più insorti nuovi casi. L'unico elemento in più rispetto alla neoplasia polmonare è la specificità dell'angiosarcoma dal punto di vista morfologico, che lo rende catalogabile come malattia professionale indotta dal Cvm, al pari del mesotelioma pleurico indotto dall'asbesto. Il tumore polmonare, invece, come la maggior parte dei tumori, è multifattoriale e non specificamente indotto dall'inspirazione delle polveri di Pvc.

Tuttavia, non ci pare che la mancanza di questo *quid pluris*, a fronte di tanti elementi circostanziali univocamente diretti in senso favorevole, possa giustificare per il tumore ai polmoni un esito opposto rispetto a quello dell'angiosarcoma in ordine alla causalità.

Mentre nell'accertamento di questa i due giudici di merito hanno avuto un atteggiamento uniforme, anche se, come abbiamo visto, per certi versi, contraddittorio, nell'accertamento dell'elemento soggettivo hanno seguito percorsi argomentativi diversi.

Il Tribunale, dopo aver ravvisato il rapporto causale tra esposizione al Cvm e malattia di Raynaud/acrosteolisi e angiosarcoma con riguardo ai casi insorti tra il 1969 e il 1974, ha escluso la colpevolezza per quest'ultima patologia, perché nel *tempus commissi delicti* non era ancora nota la tossicità e la cancerogenità del Cvm, ma solo la sua capacità di cagionare la sindrome di Raynaud e l'acrosteolisi, eventi del tutto diversi dall'angiosarcoma.

Non avendo la scienza ancora scoperto la relazione tra esposizione al Cvm e angiosarcoma, non potevano esistere norme cautelari mirate a prevenire questo evento, né quindi poteva muoversi ai dirigenti del petrolchimico alcun rimprovero di colpa per non averne impedito la verifica. Al contrario, essendo nota la possibilità del Cvm di indurre dermatiti, acrosteolisi e sindrome di Raynaud, c'erano norme cautelari a prevenzione di questi effetti dannosi, gli artt. 20 e 21 del d.pr. 303/1956, che imponevano l'adozione di misure idonee ad impedire o ridurre il più possibile la dispersione nell'ambiente di lavoro di gas (ci rientra anche il Cvm) e di polveri (come quelle del Pvc contenenti la sostanza Cvm) ir-respirabili, tossici o infiammabili.

La Corte d'Appello, con una penetrante destrutturazione del modello 'classico' della colpa⁵⁹, ha ribaltato l'esito dell'accertamento, ravvisando la colpa in capo ai dirigenti del petrolchimico anche con riguardo ai casi di angiosarcoma. I giudici di secondo grado sono giunti a questa con-

⁵⁹ In questi termini C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., 1687.

clusione intendendo l'evento offensivo che una norma cautelare mira a prevenire come «*un evento generico di danno alla vita o alla salute*»⁶⁰, anziché come evento tipico.

Essendo sospetta fin dagli anni '60 la cancerogenità del Cvm, anche se non provata né riconosciuta dalla scienza, gli imprenditori avrebbero dovuto, secondo il collegio giudicante, adottare tutte le cautele idonee a prevenire qualsiasi rischio prevedibile per la salute dei lavoratori, in osservanza alle sopra citate disposizioni del d.pr. 303/1956 e all'art. 2087 c.c. che impone all'imprenditore di curare la sicurezza dell'ambiente di lavoro. In particolare, i dirigenti del petrolchimico, per non vedersi mosso alcun rimprovero di colpa, generica o specifica, avrebbero dovuto adottare una politica di valutazione del rischio conforme alla cosiddetta *default opinion* in base alla quale, sino a quando non ci fosse stata la prova che il Cvm non era cancerogeno, avrebbero dovuto comportarsi esattamente come se lo fosse, cioè agire sull'ipotesi di rischio⁶¹. Pertanto avrebbero dovuto intervenire subito sull'ambiente di lavoro con misure di sicurezza più efficaci ed idonee a ridurre al massimo le esposizioni al Cvm e, fino a quando l'intervento adeguato non fosse possibile, sottrarre i lavoratori alle mansioni che li esponevano ad alte concentrazioni di Cvm.

La dilatazione del concetto di colpa al punto di snaturarla e renderla indeterminata con pericolo per la garanzia costituzionale di tassatività⁶², non ha avuto, tuttavia, l'effetto di una concreta ed adeguata repressione delle omissioni dei dirigenti del petrolchimico. Solo per una delle otto morti conseguite ad angiosarcoma è stato possibile, infatti, pronunciare condanna a titolo di omicidio colposo, essendo per le altre sette intervenuta la prescrizione.

7. Osservazioni conclusive

Dall'analisi dei disastri colposi ci pare emerga la mancanza di una direttrice comune e uniforme nell'accertamento della causalità, della colpa, della posizione di garanzia.

⁶⁰ Corte d'Appello di Venezia, 15.12.2004, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1679.

⁶¹ Corte d'Appello di Venezia, 15.12.2004, cit., 1681.

⁶² In base all'interpretazione della colpa data dai giudici d'appello, secondo la quale è sufficiente la mera prevedibilità di un danno alla vita o alla salute, l'evento che la norma cautelare mira a prevenire si volatilizza e la norma cautelare perde la sua tipicità, la sua forza predicativa (l'essere posta a prevenzione di un tipo di evento determinato e pre-conosciuto), col serio pericolo di minare la garanzia costituzionale della tassatività-determinatezza. In tal senso cfr. C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., 1692 ss.

Con riguardo alla causalità è inevitabile una maggiore difficoltà di accertamento nei disastri in cui sia sotto accusa un fattore ignoto o sospetto di nocività, rispetto a quelli in cui il fattore di rischio è noto.

Ciò perché nelle attività d'impresa in cui il rischio è scientificamente noto – si pensi ai trasporti, dove si concentra nel mezzo e nei fattori a questo collegati, come la morfologia del percorso e gli agenti atmosferici –, esso è dominabile attraverso l'elaborazione di determinate e identificabili regole precauzionali e conseguentemente neutralizzabile mediante idonei sistemi di sicurezza.

Qui l'accertamento da parte del giudice è lineare, perché sono individuabili sia leggi scientifiche di copertura per la spiegazione causale dell'evento⁶³, sia specifiche norme cautelari mirate a prevenire determinati tipi di evento, per cui il giudice deve verificare se l'evento lesivo verificatosi sia quello che la norma cautelare violata mirava a prevenire (cosiddetta concretizzazione del rischio) e se l'osservanza di questa era esigibile in quel contesto concreto.

Un punto si rivela particolarmente difficile e delicato con riguardo ai disastri derivanti da rischio determinato e noto: l'individuazione dei soggetti responsabili delle omissioni colpose, ossia di coloro che erano tenuti ad adottare idonei sistemi di sicurezza, in virtù di una posizione di garanzia – sotto il duplice profilo di protezione della salute dei lavoratori e di controllo dei rischi presenti nell'ambiente di lavoro – ed hanno violato l'obbligo di impedimento dell'evento lesivo.

In questi casi i giudici riconoscono sempre un obbligo di impedimento (anche) in capo ai vertici aziendali. A volte, però, come abbiamo visto nei disastri ferroviari, escludono poi la responsabilità di quelli mediante l'espedito della causa sopravvenuta determinante, rinvenuta in una condotta di dipendenti addetti a mansioni di tipo operativo, con conseguente spostamento della responsabilità dai livelli alti a quelli bassi. Altre volte, come nel disastro di Seveso, la responsabilità è individuata a livelli alti ma di carattere tecnico (in capo cioè ai responsabili della progettazione dei sistemi di sicurezza), non invece nei confronti di coloro che sono investiti del «potere politico-economico», vero vertice aziendale.

Tutto ciò ci porta a sospettare che vi sia da parte della giurisprudenza un atteggiamento protettivo o comunque bonario nei riguardi delle più alte sfere manageriali.

Con riguardo alle attività d'impresa in cui il rischio sia, parzialmente o totalmente, ignoto in quanto incentrato in un mezzo (sostanza chimica) della cui natura e dei cui effetti (sull'uomo e sull'ambiente) la scienza ha

⁶³ Ci riferiamo a leggi scientifiche che consentono di affermare con certezza o con elevata probabilità logica che in determinate circostanze (ad esempio, eccesso di velocità, presenza di nebbia ecc.) quel fattore di rischio (il mezzo di trasporto) si può concretizzare in uno specifico danno (deragliamento, collisione).

una conoscenza incompleta o non ne ha del tutto, l'aspetto stesso dell'incertezza della nocività mette in crisi l'accertamento della causalità.

La giurisprudenza è consapevole di avere le mani legate, di dover fare i conti con dei limiti gnoseologici. «Dalle scienze e dai limiti che esse pongono non si può prescindere»⁶⁴ afferma con schietta sincerità il Tribunale di Venezia nel disastro di Marghera.

Solo se si tirano le maglie della conoscenza scientifica fino a far passare per tale quella che in realtà non lo è ma è solo un'ipotesi di rischio non provata, elaborata dagli studi epidemiologici⁶⁵, come ha fatto il p.m. in Porto Marghera, si può giungere forzatamente ad attribuire la causazione dei tumori comparsi nei lavoratori all'esposizione ai gas di Cvm e alle polveri di Pvc contenenti quella sostanza ad elevate concentrazioni e per lungo tempo. Così come solo bypassando l'ostacolo della mancanza di conoscenza scientifica della cancerogenità all'epoca in cui le esposizioni erano elevate e conseguentemente non erano in uso idonee misure di sicurezza, attraverso l'*éscamotage* dell'*azzeramento diacronico*⁶⁶, il p.m. è giunto, altrettanto forzatamente, a considerare colposa l'omessa adozione di adeguati sistemi di sicurezza da parte dei dirigenti del petrolchimico.

Senza le suddette forzature, non si possono attribuire al Cvm, con certezza o con elevata probabilità e oltre il ragionevole dubbio, tutte le patologie dei lavoratori, sia quelle eziologicamente riconducibili ad un'epoca in cui, per mancanza di conoscenza e inadeguatezza di misure precauzionali, le esposizioni a questa sostanza erano elevate, sia quelle successive, a maggior ragione, essendo crollate le esposizioni.

L'ignoto, peraltro, ha l'effetto di rendere poco chiaro ed equivoco l'atteggiamento dei giudici nell'accertamento della causalità.

Nel disastro di Porto Marghera, come abbiamo già sottolineato, non è chiaro se, per spiegare l'esistenza del nesso causale tra Cvm ed alcune patologie e l'insussistenza rispetto ad altre, sia stata impiegata una vera e propria legge scientifica o un'ipotesi di rischio, avanzata dagli epidemiologi sulla base dell'evidenza di una associazione forte o non tra sostanza e malattia.

Nel riconoscere la causalità con riguardo all'angiosarcoma e nell'escluderla con riguardo alle altre patologie, i giudici, in effetti, hanno fatto un equivoco riferimento agli studi epidemiologici; peraltro, si sono in parte distaccati dagli esiti di questi, perché hanno escluso l'induzione del

⁶⁴ Tribunale di Venezia, 29.05.2002, Cefis e altri, cit., 1649.

⁶⁵ Il p.m. ha sostenuto l'idoneità lesiva del Cvm ad alte concentrazioni rispetto a tutte le patologie insorte nei lavoratori del petrolchimico, in base ai risultati degli studi epidemiologici. Peraltro, ha ritenuto causati anche alcuni tumori rispetto ai quali non c'era in epidemiologia un'associazione forte tra esposizione e malattia, vale a dire con riguardo ai melanomi, ai tumori al cervello, al sistema emolinfopoietico, alla laringe.

⁶⁶ C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, cit., 1685.

tumore polmonare, nonostante fosse stata rilevata una associazione forte tra questa neoplasia e l'esposizione al Cvm.

È presumibile che nell'accertamento causale sia stato dato valore determinante alla specificità morfologica dell'angiosarcoma⁶⁷, che la rende una malattia riconoscibile come professionale al pari del mesotelioma pleurico, diversamente dal tumore polmonare, che non ha altrettanta specificità. In tale carattere probabilmente i giudici hanno ravvisato la conoscenza scientifica che ha consentito di affermare la causalità oltre il ragionevole dubbio con riguardo all'angiosarcoma, e di escluderla con riguardo al tumore polmonare e agli altri tumori.

Con riguardo all'accertamento dell'elemento soggettivo, sempre con riguardo ai disastri conseguenti a rischio ignoto, rileviamo due atteggiamenti distinti da parte della giurisprudenza.

In genere, sia per i disastri sia per gli altri delitti, si fa ricorso ad un concetto classico di colpa, intesa come prevedibilità ed evitabilità di un evento tipico, individuato da una norma cautelare, scritta o d'uso.

Alla luce di quest'interpretazione, i giudici di primo grado hanno escluso la colpa dei dirigenti del petrolchimico per mancanza di norme cautelari violabili. All'epoca in cui sono state causate le patologie, per le quali i giudici stessi hanno riconosciuto l'induzione da parte del Cvm, non era, infatti, ancora conosciuto l'effetto cancerogeno; quindi, non poteva esistere una norma cautelare mirata a prevenirlo, né poteva imputarsi alcun rimprovero di colpa ai dirigenti per non aver impedito l'insorgenza dei tumori.

I giudici di secondo grado, invece, avendo inteso la norma cautelare come regola volta a prevenire un generico rischio per la vita o la salute anziché un tipo specifico di evento, hanno trasformato la colpa in prevedibilità e prevenibilità di un rischio generico, rendendola così un criterio di imputazione dai contorni evanescenti e indeterminati⁶⁸.

Questa destrutturazione della colpa si presume sia stata finalizzata ad una repressione delle omissioni dei dirigenti del petrolchimico con riguardo alle patologie che avevano superato il duro 'test' della causalità

⁶⁷ A riprova di ciò si tenga presente che la causalità è stata ritenuta scientificamente provata anche con riguardo ad altre due patologie, pure contraddistinte da una specificità morfologica tale da considerarle malattie professionali, cioè indotte dal fattore di rischio presente nell'ambiente di lavoro (il Cvm): la sindrome di Raynaud e l'acrosteolisi, consistenti rispettivamente in una disfunzione alla circolazione delle mani e in una corrosione delle ossa delle falangi delle mani, che si giustificano con la penetrazione della sostanza tossica nel sangue attraverso la pelle, a causa del diretto contatto del Cvm con le mani nude degli autoclavisti.

⁶⁸ Una torsione del concetto di colpa identica a quella che i giudici d'appello di Venezia hanno operato con riguardo all'angiosarcoma per esposizione da Cvm è stata intrapresa dalla giurisprudenza anche per i tumori professionali da esposizione da amianto (mesotelioma pleurico). C. PIERGALLINI (*Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 413) afferma, in riferimento a questi, che la colpa ha finito «per trasformarsi in una fattispecie di responsabilità «per rischio» con «curvatura in direzione della responsabilità oggettiva».

scientifico, senza ricorrere allo strumento, palesemente vulnerabile, della «traslazione dei piani temporali»⁶⁹, di cui si era servito invece il p.m. Una forzatura anche quella dei giudici, tuttavia, che, come abbiamo già sottolineato, mette in serio pericolo la garanzia costituzionale del principio di determinatezza.

Oltretutto la repressione, cui i giudici di secondo grado miravano per esigenze di giustizia e di soddisfazione degli interessi delle numerose vittime del disastro, non è stata compiutamente realizzata, come sappiamo, a causa della maturata prescrizione: solo per uno degli otto omicidi colposi dovuti ad angiosarcoma epatico è stata, infatti, possibile la condanna dei dirigenti del petrolchimico.

Le difficoltà in cui abbiamo visto imbattersi la giurisprudenza in sede di accertamento sia della causalità sia della colpa per gli eventi lesivi collegati ad attività contraddistinte da un rischio ignoto inducono ad una osservazione.

L'attività d'impresa, quando è diretta alla produzione o fa uso di sostanze delle quali non è certa l'innocuità ma è sospetta la nocività, dovrebbe essere ammessa solo dopo essere stata sottoposta a sperimentazioni preventive, in virtù del principio di precauzione, che sta gradualmente entrando nella nostra legislazione.

Se non si riesce a stabilire quali eventi lesivi possono scaturire dal mezzo o dalla sostanza di incerta nocività, l'attività non può essere regolata da norme precauzionali perché queste, per definizione, sono volte a prevenire determinati tipi di evento. L'attività, allora, dovrà essere disciplinata da norme cautelative, rivolte alla prevenzione di un rischio di incerta determinazione, che, proprio per l'incertezza del campo su cui si muovono, impongono soglie di sicurezza e limiti più restrittivi rispetto a quelli imposti dalle regole cautelari⁷⁰.

Questo è il messaggio implicito che i giudici della Corte d'Appello di Venezia hanno lanciato al nostro legislatore nell'affermare che, quando non è certa la nocività di una sostanza, ma neppure l'innocuità, gli

⁶⁹ Così il Tribunale di Venezia (29.05.2002, Cefis e altri, cit., 1663) definisce la sovrapposizione cronologica, compiuta dal p.m., tra momento (antecedente) in cui le esposizioni al Cvm erano elevate e mancavano adeguati sistemi di sicurezza e momento (successivo) in cui è stata riconosciuta scientificamente la cancerogenità del Cvm e i sistemi idonei erano stati introdotti.

⁷⁰ Tipico settore in cui trovano impiego le regole cautelative è quello ambientale, contrassegnato da reati a *eziologia complessa*. Qui, infatti, è stato osservato (C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, cit., 414 e 416) che «la tipicità colposa della condotta viene solitamente ricavata dal suo essere in contrasto con i valori-soglia che, come si sa, fissano il grado di inquinamento consentito. Ma la singola condotta di superamento dei valori-soglia si trova ad una distanza siderale dall'offesa al bene giuridico»: «la regola (cautelativa), perciò, non è pensata per prevenire direttamente l'evento di danno o di pericolo concreto, ma piuttosto per consentire di svolgere l'attività pericolosa con un margine di rischio socialmente 'accettabile'».

imprenditori devono comportarsi secondo la *default opinion*, ossia considerare l'attività genericamente rischiosa e conseguentemente verificare preventivamente se e fino a che punto il rischio non insorga, per darsi delle regole di sicura produzione.

I giudici espressamente riferiscono all'imprenditore il compito di darsi una propria regolamentazione cautelativa, sulla base della previa sperimentazione dell'attività rischiosa secondo il principio di precauzione, quando il rischio è ignoto o indeterminato. Implicitamente, però, si rivolgono al legislatore, vero organo legittimato a disciplinare le attività socialmente utili ma rischiose.

Così per l'amianto è stato testato che, a qualsiasi livello espositivo, non viene meno del tutto il rischio di eventi lesivi (mesotelioma pleurico, asbestosi), per cui il legislatore ne ha disposto il divieto d'impiego, in quanto l'unico modo efficace per proteggere la salute delle persone era l'astensione dall'uso di questa sostanza.

Per altre, come il Cvm, è provato, invece, che l'esposizione a dosi limitate non determina patologie; pertanto il legislatore dovrebbe stabilire una disciplina cautelativa delle attività che impiegano la sostanza sospetta è impiegata, senza vietarne l'uso.

Il meta-messaggio che intravediamo nelle parole dei giudici è che non bisogna costringere la magistratura a forzature interpretative per porre rimedio *a posteriori*, mediante la repressione penale, alla mancanza di una efficace disciplina precauzionale, o meglio cautelativa, delle attività soggette ad un rischio incerto.

Le attività che comportano un rischio indeterminato e incerto devono essere disciplinate con norme che neutralizzino detto rischio mediante limiti-soglia molto restrittivi di esposizione al mezzo o alla sostanza rischiosa, nonché con l'imposizione di sistemi di sicurezza che monitorino il mantenimento di questi limiti e adeguate misure di protezione per i lavoratori, anche per il caso di accidentale esposizione superiore.

La pubblica amministrazione deve controllare la pratica attuazione della disciplina precauzionale, preventivamente, con lo strumento dell'autorizzazione dell'attività rischiosa e, successivamente, con quello repressivo della revoca dell'autorizzazione.

La magistratura deve intervenire con un ulteriore controllo di tipo repressivo, quando le conseguenze dell'inosservanza della disciplina cautelare siano di tale gravità (eventi lesivi o pericolosi) da richiedere l'uso dello strumento più incisivo ed estremo: la sanzione penale.

INCERTEZZA SCIENTIFICA, RISCHIO E PREVENZIONE.
LE DECLINAZIONI PENALISTICHE
DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE

di Riccardo Martini

SOMMARIO: 1. Il quadro sociale di riferimento. – 2. Le fonti del principio di precauzione. – 3.1 La concezione precettiva. – 3.2. La vincolatività del principio nei confronti del legislatore. – 4. Il principio di precauzione come decalogo metodologico. – 5. I contenuti precettivi modali. – 6. Dinamiche della ricezione interna. – 7. L'autonomia residuale della tutela penale d'evento, tra fattispecie dedicate e «colpa di ritorno».

1. *Il quadro sociale di riferimento*

Che il progresso tecnico-scientifico ponga la necessità di predisporre un adeguato livello di controllo e di prevenzione dei rischi che possano derivare dall'applicazione delle nuove tecnologie in ambito sociale appare come un dato ormai acquisito¹. Lo svolgimento di attività produttive legate a tali progressi scientifici, il correlato sviluppo di tecniche sperimentali in ambito medico, il semplice innalzamento della qualità della vita nel quale si traduce il comfort offerto dall'importazione nel quotidiano di nuove tecnologie, vedono profilarsi, all'orizzonte, la linea d'ombra di una temuta, imprevedibile e forse inevitabile ricaduta di tali innovazioni a danno dei propri artefici, possa essa manifestarsi fisiologicamente, come inevitabile costo dello sviluppo perseguito (tale è, ad es., il danno all'ambiente dovuto all'attività industriale), o in forma d'una ricaduta patologica, derivante dalla perdita di controllo dell'uomo sulla tecnologia applicata, che viene così a ritorcersi in modo beffardo contro l'apprendista stregone che temerariamente l'ha evocata².

¹ U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2004; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale, profili dommatici e politico-criminali*, Milano 2004; F. STELLA, *Giustizia e modernità, seconda edizione*, Milano, 2002.

² È questo il *rischio*, categoria giuridica affatto distinta dal *pericolo*: mentre quest'ultimo esprime ben definite potenzialità lesive di una determinata condotta, tali da di-

La situazione d'incertezza circa i rischi (il cui stesso ordine di grandezza non è mai determinabile aprioristicamente) correlati al sovra-descritto fenomeno della modernità³, ha indotto la società contemporanea a percepire e risolvere in maniera innovativa l'equazione rappresentata dal rapporto *uomo-scienza*: l'abbandono della visione ingenuamente ottimistica delle opportunità offerte dal progresso ha ceduto il passo alla consapevolezza dell'inscindibile binomio esistente tra i benefici offerti da una data tecnologia ed i costi ad essi necessariamente correlati.

Nella sfera del diritto, tale nuova consapevolezza⁴ ha il proprio epifenomeno nell'affermazione del principio di *precauzione*. Nel tentativo di dare sostanza al principio-responsabilità⁵, dottrina e giurisprudenza si sono divise tra differenti posizioni, riconducibili, a costo di alcune approssimazioni, ad una lettura radicale e ad una impostazione più moderata⁶.

La prima concezione ritiene possibile rinvenire nel principio di *precauzione* un contenuto immediatamente precettivo per i singoli cittadini, che si traduce nel dovere di astenersi da ogni attività della quale non sia possibile escludere la rischiosità nei confronti della collettività⁷. In base a questa interpretazione, in caso di incertezza circa le conseguenze di una data condotta, la *default option* alla quale è chiamato ad attenersi il singolo è l'astensione. In questa prospettiva, il principio di precauzione sareb-

scenderne in maniera più o meno prevedibile e secondo fattori causali almeno parzialmente noti, il *rischio* è espressivo, più che altro, di una sorta di timore da ignoto, insorto in seguito della verifica di macro-eventi di danno come conseguenza imprevedibile dell'incauta gestione delle nuove tecnologie. Così inquadrato, il rischio rappresenta l'ineliminabile possibilità di ricadute imprevedibili ed incontrollabili. Come si vedrà meglio nel corso della trattazione, una delle finalità perseguite tramite l'affermazione del principio di precauzione è quella di approfondire la conoscenza scientifica sulle nuove tecnologie, in modo da rendere il rischio un pericolo, ossia trasformare in prevedibile ciò che è imprevedibile, tanto da renderlo anche controllabile.

³ O post-modernità, vedi G.A. DE FRANCESCO, *Pericolo, rischio, incertezza. Il controllo penale ed i suoi confini nella temperie della postmodernità*, in *Regole dell'agricoltura, regole del cibo*, Pisa 2005, 125 ss.; L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 71.

⁴ In verità, si rileva come tale consapevolezza abbia sempre caratterizzato il collettivo immaginario letterario, nel quale è sempre stato presente il tema dello scambio tra quanto potesse essere offerto dal mondo del misticismo e della magia e quanto potesse essere oggetto di sacrificio da parte dell'uomo, in veste di prezzo del prodigio. Che si tratti della sofferenza necessaria per raggiungere la conoscenza, o di un'anima data in pegno all'eterna giovinezza, il messaggio è sempre stato uno: per ogni beneficio c'è un prezzo da pagare.

⁵ Vedi H. JONAS, *Das prinzip verantwortung*, 1979, Trad. it. *Il principio responsabilità, un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. PORTINARO, Torino, 2002.

⁶ Vedi F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia* 2006, 232.

⁷ Rischiosità diretta ovvero mediata, come nel caso in cui il rischio non si rivolga direttamente nei confronti della collettività, ma verso beni giuridici che comunque assumono un rilevante significato sovra individuale, come nel caso del bene-ambiente.

be suscettibile di svolgere, *retrospettivamente*, la funzione di parametro di giudizio alla stregua del quale valutare la responsabilità penale colposa per la causazione di un evento di danno.

La seconda e più moderata impostazione parte, invece, dal presupposto che il principio di precauzione non abbia un contenuto immediatamente precettivo, ma piuttosto debba rappresentare il punto di riferimento da tenere presente nella predisposizione di piani per la gestione del *rischio*, in questo imponendo degli obblighi modali per la conduzione dell'attività rischiosa. In questa direzione, il principio si troverebbe a svolgere una funzione essenzialmente *prospettiva*, rivolgendosi a coloro dai quali sia lecito attendersi un'adeguata regolamentazione delle attività pericolose, ed il giudice penale non potrebbe derivare dal principio in esame regole cautelari che possano autonomamente fondare un rimprovero per colpa. Rimarrebbe, tutt'al più, la possibilità di valutare la diligente osservanza del principio in fase di predisposizione delle cautele finalizzate a contenere il rischio.

Al di là delle differenze, l'elemento comune alle diverse ricostruzioni del principio in esame è dato dall'esigenza di individuare un modello di comportamento di fronte ad una situazione di incertezza scientifica circa i rischi derivanti dall'impiego di una determinata tecnologia. Il requisito pregiudiziale, necessario perché debba trovare applicazione il principio precautelare, è dato, infatti, dall'ignoranza delle conseguenze del proprio agire, delle probabilità che tale rischio si venga a concretizzare, della dimensione che tale fenomeno possa assumere e degli accorgimenti tecnici da adottare per contenere tale rischio⁸. Per una migliore comprensione del fenomeno, è utile evidenziare le differenze che corrono tra il principio di *precauzione* e quello di *prevenzione*: mentre il primo si collega al rischio da ignoto tecnologico, il secondo, pur essendo anch'esso incentrato su finalità di sicurezza, opera in ambiti tecnologici nei quali è scientificamente possibile determinare quali siano le fonti di pericolo e quali debbano essere gli accorgimenti necessari per ridurle all'inoffensività, o, per lo meno, entro soglie socialmente accettabili in base ad una valutazione in termini di costi-benefici.

2. Le fonti del principio di precauzione

L'individuazione delle fonti che introducono il principio di precauzione all'interno dell'ordinamento italiano, non può che muovere

⁸ Il campo nel quale si trova ad operare il principio di precauzione non è, pertanto, quello delle regole da definirsi per lo svolgimento di un'attività pericolosa, bensì quello del rischio da ignoto tecnologico, termine col quale si intende, come già accennato, una situazione di complessiva incertezza circa le ricadute che possano discendere sulla società da una determinata attività. Vedi G.A. DE FRANCESCO, *Pericolo*, cit., 130.

da una doverosa premessa: trattasi di un principio che si è affermato nella coscienza e sensibilità collettiva ben prima della sua ricezione di ordine normativo. Di *precauzione* si è parlato, quindi, ancor prima che, a seguito del trattato di Maastricht del 1992, l'enunciazione di tale principio venisse inserita nel testo dell'art. 174 del trattato istitutivo dell'Unione Europea⁹, in riferimento alla tutela ambientale. Previsto espressamente come elemento guida nel campo della sperimentazione tecnologica e delle tematiche ambientali, il principio di precauzione di cui al Trattato europeo presenta alcuni profili di incertezza relativamente al contenuto e all'ambito di operatività. Un altro aspetto da sottolineare è il rilievo dato dall'art. 174 Tr. UE ad un ulteriore principio-guida, destinato ad operare sinergicamente col *Vorsorgeprinzip* nella ripartizione dei costi sociali dello sviluppo tecnologico, ossia il canone secondo il quale «chi inquina paga». Si tratta di una regola che chiude, per così dire, il cerchio della politica comunitaria: se il precauzionismo¹⁰ tratteggia i requisiti di uno sviluppo sostenibile, il «chi inquina paga» determina il grado di coinvolgimento dei privati nella gestione, responsabile, del bene ambientale¹¹.

Una prima indicazione circa i contenuti del principio proviene dalla *Comunicazione* della Commissione Europea del 2 febbraio 2000¹², mediante la quale si è cercato di rispondere all'interrogativo su «come e quando utilizzare il principio di precauzione [...] di fronte [...] al dilemma di equilibrare la libertà e i diritti degli individui, delle industrie e delle organizzazioni con l'esigenza di ridurre i rischi di effetti negativi per l'ambiente e per la salute degli esseri umani, degli animali e delle piante». Tra i molteplici motivi di interesse¹³, merita particolare considerazione

⁹ «La politica della Comunità in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio chi inquina paga». Circa in contemporanea col trattato di Maastricht, il principio ha trovato enunciazione nella Dichiarazione UN di Rio De Janeiro sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992; ma si rileva come ancora in precedenza fosse possibile rinvenire riferimenti al principio nei testi di molte altre fonti di rango sovranazionale.

¹⁰ F. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 247.

¹¹ Si tratta delle due facce del principio-responsabilità, noumeno la cui complessità non si rispecchia interamente nella propria traduzione fenomenica, il principio di precauzione.

¹² Vedi G. FORTI, «Accesso» alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia* 2006, 161 ss.

¹³ Si pensi al riferimento che viene fatto, al punto 5 della comunicazione, alla «confusione tra una strategia di prudenza e l'applicazione del principio di precauzione»: la prima rientra nell'area della valutazione dei rischi, restando quindi integrata entro l'ambito della formulazione del parere scientifico circa i rischi di una data attività, mentre il secondo rientrerebbe nell'area della gestione del rischio, nella quale si è chiamati ad applicare la pre-acquisita conoscenza scientifica. Vedi G. FORTI, «Accesso», cit., 162.

la descrizione che viene fornita dell'operatività del principio di precauzione: «invocare o no il principio di precauzione è una decisione esercitata in condizioni in cui le informazioni scientifiche sono insufficienti [...] e vi sono indicazioni che i possibili effetti sull'ambiente e sulla salute [...] possono essere potenzialmente pericolosi ed incompatibili con il livello di protezione prescelto». Questo «richiede un processo decisionale strutturato basato su informazioni particolareggiate e obiettive di carattere scientifico o di altro tipo. Tale struttura è fornita dai tre elementi dell'analisi dei rischi: la valutazione del rischio, la scelta della strategia di gestione del rischio e la comunicazione del rischio».

Necessariamente, il carattere squisitamente politico del giudizio di bilanciamento tra spinta al progresso e garanzie di sicurezza rimette nelle mani del legislatore la ricerca della soluzione. Dalla *Comunicazione* emerge, in maniera abbastanza evidente, la lettura *soft* del principio di precauzione, mediante il quale non si condanna lo sviluppo tecnologico all'immobilismo, ma lo si condiziona al rispetto di specifici parametri operativi che garantiscano adeguati standard di sicurezza.

Sul piano del diritto interno, si registrano recenti e molteplici richiami al principio di precauzione da parte di importanti normative di settore. L'art. 3-ter, d.lgs. n. 152/2006, recante «norme in materia di tutela ambientale» fa espresso riferimento al principio di precauzione e al canone del «chi inquina paga» nell'ambito dei principi guida dell'azione ambientale¹⁴. Alla precauzione si richiamano, inoltre, sia il d.lgs. n. 206/2005 («codice del consumo»), sia il d.lgs. n. 81/2008 («tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro»): in entrambi i casi è palese il condizionamento esercitato dalle fonti comunitarie in ordine al rispetto del precauzionismo¹⁵.

3.1. La concezione precettiva

Se, come già accennato, in ambito comunitario si è progressivamente affermata una concezione *debole* del principio di precauzione, si tratta a questo punto di verificare la concreta possibilità che il principio di pre-

¹⁴ Sotto questo profilo, meritevole di considerazione è l'art. 257 del TU ambientale, che prevede due distinte ipotesi di responsabilità penale: innanzi tutto, per chi, avendo cagionato o scoperto una contaminazione del suolo, non informi l'autorità competente al fine di approntare un adeguato intervento di bonifica, e quindi per chi determini un inquinamento del suolo mediante il superamento delle soglie di tolleranza fissate dal legislatore. In tale seconda ipotesi di reato, la bonifica dei luoghi rappresenta condizione di non punibilità del reo. Entrambe le fattispecie in questione sembrano perseguire, in linea col canone 'chi inquina paga', un elevato livello di auto-responsabilizzazione del privato nella gestione del bene ambiente, come valore omni-direzionale la cui conservazione è onere gravante su tutte le parti sociali.

¹⁵ Per un'analisi maggiormente dettagliata delle normative richiamate, vedi *infra*, par. 5.

cauzione sia dotato, all'interno del nostro ordinamento, di una portata precettiva diretta nei confronti dei singoli cittadini.

In questo senso, la giurisprudenza non ha esitato a configurare il principio di precauzione come un insieme di norme vincolanti ogni singolo cittadino¹⁶, che assumono la funzione di autentiche regole cautelari, plasmate secondo i parametri di diligenza, prudenza e perizia e sulle quali conformare il giudizio di colpa generica per la realizzazione di reati di evento. Trattandosi di regole al cui rispetto si è chiamati di fronte ad una situazione di incertezza scientifica, esse non avrebbero potuto che tradursi, concretamente, nel dovere di astensione dalla realizzazione dell'attività umana presa in considerazione. L'obbligo di astenersi ogni qualvolta si venga a delineare una situazione di incertezza gnoseologica circa lo stato del rischio di una data condotta, è stato elevato ad autentico modello *standard* di condotta, che si traduce nel comportamento che il privato dovrà scegliere automaticamente, ossia una *default option*¹⁷.

Un'analisi ravvicinata dei concreti meccanismi operativi di quest'ultima scelta comportamentale di natura cautelare, consente di individuarne i punti di frizione con la natura della responsabilità colposa: dietro all'apparente efficienza della soluzione individuata si cela l'evidente incompatibilità con i caratteri propri della colpa generica. In primo luogo, va rilevato come lo stesso presupposto applicativo della *default option* si configuri in termini simmetricamente opposti rispetto a quello che è posto alla base di una *regola cautelare* rilevante ai fini di un giudizio di colpa¹⁸. La *default option* opera esclusivamente in presenza di uno stato di incertezza circa i rischi collegati alla gestione di una determinata attività, vale a dire in circostanze nella quali è impossibile determinare l'entità, i contorni, l'or-

¹⁶ Si fa riferimento ad una vicenda giudiziale assolutamente esemplare, quella legata al caso del petrolchimico di Porto Marghera, conclusasi con Cass. 17.5.2006, B., in *Foro it.*, 2007, X, 550 (particolare attenzione merita la sentenza emessa dalla Corte di Appello di Venezia in data 15.12.2004); sull'argomento vedi V. ATTILI, *L'agente modello 'nell'era della complessità': tramonto eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1240 ss.; C. PERINI, *Rischio tecnologico e responsabilità penale. Una lettura criminologica del caso Seveso e del Caso Marghera*, in *RIC*, 2002, 389 ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, 1684 ss.

¹⁷ Si sottolinea la differenza che divide la *default option* da una regola cautelare astensiva: quest'ultima, riscontrando la presenza di un pericolo comprovata da un'adeguata conoscenza scientifica, individua nell'astensione la migliore tecnica di neutralizzazione del pericolo. Al contrario, la *default option* non si fonda sull'esistenza scientificamente comprovata di un pericolo, quanto sul dubbio circa la possibile esistenza di rischio. In virtù di questa differenziazione, non è possibile qualificare la *default option* come una regola cautelare ma, eventualmente, come una regola cautelativa a natura ultraprudenziale non finalizzata alla prevenzione di specifici esiti lesivi. Vedi C. PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1696.

¹⁸ G. FORTI, «Accesso», cit., 176 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 241 ss.; L. STORTONI, *Angoscia*, cit., 78 ss.

dine di grandezza dell'evento temuto: è *angoscia da ignoto*¹⁹, che viene contrastata mediante lo strumento del precauzionismo. Al contrario, le *regole cautelari* nascono al fine di prevenire la causazione di eventi determinati e conosciuti: la precisabilità del pericolo rende possibile congegnare regole concretamente volte a neutralizzare quanto temuto, e tale funzionalità rappresenta la *ratio* della stessa rilevanza penale della regola cautelare.

L'adozione di una regola di comportamento di natura precautelare non consente, dunque, di soddisfare le esigenze poste dal primo stadio di accertamento della colpa: privo di punti di riferimento, il singolo si trova nell'impossibilità sia di riconoscere i presupposti applicativi del comando ultraprudenziale, sia di determinare i contenuti dell'obbligo gravante su di sé. Tale limite negativo si riverbera inevitabilmente sulla verifica dell'evitabilità dell'evento mediante l'osservanza della regola, ossia di un giudizio che è possibile portare a termine a condizione che sia possibile determinare precisamente i rapporti che legano l'evento e la regola predisposta ad evitarlo, accertandosi che la seconda fosse diretta a contrastare il primo. Il che non è ontologicamente possibile nelle ipotesi di *default option*: l'impossibilità di determinare l'entità dell'evento temuto pregiudica l'individuazione del legame tra la regola individuata e l'accadimento. Il deficit rappresentativo connaturato ai casi in esame fa sì, inoltre, che non sia possibile riconoscere i presupposti della regola di necessaria astensione: l'imprevedibilità dell'evento implica, infatti, l'inesigibilità della sua prevenzione dato che, evidentemente, ciò che non può essere previsto non può nemmeno essere evitato. Analoghe considerazioni valgono per le ulteriori fasi di accertamento della responsabilità colposa: l'individuabilità del genere di evento dannoso che la norma è chiamata ad evitare e delle caratteristiche dell'agente modello chiamato all'applicazione del comando è praticamente nulla²⁰.

La regola cautelare *sui generis* in esame risulta a ben vedere sprovvista di 'corpo': di essa non è, infatti, possibile determinare né il contenuto precettivo, né l'ambito applicativo soggettivo (quali soggetti siano tenuti ad applicare la regola) ed oggettivo (quali presupposti facciano scattare il comando). La traduzione del principio di precauzione in una regola cautelare di natura generica si concretizza in un comando dal contenuto relativamente determinato (l'astensione), ma di cui non è possibile definire aprioristicamente l'ambito di applicazione²¹.

Il tentativo di configurare la *default option* come regola cautelare di natura generica è reso ancora più critico dalla difficoltà di determinare, retrospettivamente, il momento storico nel quale il suo rispetto potesse

¹⁹ Vedi L. STORTONI, *Angoscia*, cit., 71.

²⁰ Vedi C. PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1692.

²¹ Vedi F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 164.

essere considerato esigibile da parte del soggetto agente²². In questo caso, infatti, non può farsi ricorso all'ordinario parametro della diffusione entro la comunità scientifica della conoscenza della pericolosità di una data sostanza, dato che, come la giurisprudenza di merito ha saputo evidenziare, la formazione della regola ultraprudenziale viene fatta risalire ad una fase precedente alla percezione del pericolo da parte dei consociati²³.

La concezione della *default option* quale regola di natura cautelare si è sviluppata nel contesto di vicende giudiziarie in cui appariva decisiva l'evoluzione, nel tempo, del sapere scientifico circa la rischiosità-pericolosità di una determinata attività umana. Nei casi in cui la conoscenza scientifica non è in grado di trovare, al tempo del giudizio, un'adeguata spiegazione alla produzione di un certo evento lesivo, il problema circa la sussistenza di un comando cautelare di natura precauzionale non può nemmeno porsi, dal momento che l'accertamento circa la responsabilità per il fatto si arresta ad una fase prodromica qual è quella relativa all'accertamento del nesso eziologico tra condotta ed evento²⁴. Quella dell'esistenza o meno di un comando cautelare esigibile al tempo della condotta è, cioè, una questione che si pone, per forza di cose, in un momento storico nel quale siano effettivamente disponibili conoscenze scientifiche circa l'efficienza causale di un dato fattore e sia, quindi, possibile giungere a definire in termini sufficientemente rigorosi una regola cautelare finalizzata a prevenire la verifica di tale esito.

Alle deformazioni già evidenziate si aggiunge, pertanto, la tendenza surrettizia a rivolgere un rimprovero a chi, nel passato, abbia tenuto un'attività di natura pericolosa, ritenendosi che la regola cautelare formatasi oggi possa agire retroattivamente. La vicenda giudiziaria concernente il Petrolchimico di Porto Marghera, come definita dalla Corte

²² Vedi C. PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1698.

²³ Vedi App. Venezia 15.12.2004, con nota di C. PIERGALLINI, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1670. Sulle suggestioni del principio di precauzione, vedi C. PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1694. Per altro, si deve sottolineare come la sensibilità non possa ritenersi del tutto affermata neppure oggi. Si prenda in considerazione il caso dei rischi derivanti dall'uso dei telefoni cellulari: l'ingresso del principio di precauzione non ha consentito certo di approdare ad una regolamentazione del loro uso che consenta di ridurre l'esposizione della popolazione ad un massiccio quantitativo di onde elettromagnetiche. L'odierna problematica delle emissioni elettromagnetiche non può che riconfermare la sostanziale impossibilità di tradurre l'esistenza di una situazione di rischio in una regola cautelare di natura prevenzionistica.

²⁴ Nel caso in cui la conoscenza scientifica disponibile al momento del giudizio non consenta di mettere in correlazione, sul piano causale, condotta ed evento, è evidente come il principio di precauzione non possa trovare alcuno spazio operativo. Una condanna sentenziata in suo nome altro non rappresenterebbe che una rilettura moderna dei tristemente noti processi agli untori. Riflessione a parte meriterebbe il fenomeno della cosiddetta flessibilizzazione nell'accertamento della nesso causale, per il quale si rimanda a F. STELLA, *L'allergia alle prove della causalità individuale (le sentenze sull'amianto successive alla sentenza Franzese)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 380.

di Appello di Venezia²⁵, rispecchia in modo paradigmatico questa distorsione derivante dalla rilettura dell'istituto colposo in chiave ultra-prudenziale: si tratta della *cripto-retroattività* del comando cautelare²⁶. Essendo note, al tempo del giudizio, le potenzialità nocive del Cvm e le procedure necessarie a ricondurre la pericolosità di tale sostanza entro limiti di accettabile sicurezza, ci si è interrogati circa la conoscibilità di tali dati e fattori al momento della condotta. Contrariamente a quanto deciso dal Tribunale di Venezia, i giudici del gravame hanno ritenuto che il semplice fatto che da un sommario e pionieristico studio condotto da uno scienziato italiano fossero emersi indizi di rischi per la vita derivanti da un'esposizione massiccia e temporalmente concentrata a Cvm (unitamente alla consapevolezza, acquisita sin dagli anni '50, della possibilità che l'esposizione alla sostanza determini l'insorgenza di dermatiti da contatto ed altre patologie non letali) fosse circostanza sufficiente per l'individuazione di una regola cautelare finalizzata alla tutela della vita e salute dei lavoratori. Nonostante l'impossibilità, al momento della condotta, di determinare la consistenza del rischio e la natura degli eventi lesivi da evitare²⁷, lo stato di incertezza scientifica ha rappresentato la base sulla quale fondare il rimprovero per colpa, per mancato adeguamento alla *default option*.

La soluzione adottata dalla Corte di Appello di Venezia solleva un'ulteriore problematica, relativa al rapporto intercorrente tra scienza e diritto penale, e in particolare al grado di attendibilità che deve caratterizzare il sospetto di pericolosità di una determinata attività umana per fondare lo sviluppo di una regola cautelativa. La definizione di tale soglia assume un'importanza centrale, dal momento che il superamento della medesima sarebbe sufficiente a fare scattare la *default option*. Trattandosi, per definizione, di una regola operante in condizioni di incertezza scientifica, il grado di attendibilità richiesto per il sospetto di pericolosità si attesta ad un livello decisamente rivolto verso il basso, in contraddizione con quello che viene definito lo *statuto epistemologico della conoscenza*²⁸ penale e con la rilevanza costituzionale dei beni in gioco e la funzione di *extre-*

²⁵ Vedi V. ATTILI, *L'agente modello*, cit. 1241; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano 2009, 321, i quali affrontano il problema della disintegrazione dell'agente modello entro l'organizzazione complessa. Vedi anche G. MINNITI, *Finalità cautelari della norma, sua evoluzione nel tempo e accertamento della colpa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 301; C. PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1684.

²⁶ Vedi D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 319; C. PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1684 ss.

²⁷ Il profilarsi del rischio di un indeterminato danno alla salute non rappresenta adeguatamente, infatti, il pericolo per la vita dei soggetti esposti a Cvm.

²⁸ Vedi C. PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1698. Vedi, sotto questo profilo, D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004.

ma ratio del diritto penale, legittimato ad operare soltanto in presenza di presupposti gnoseologici sufficientemente solidi²⁹.

In buona sostanza, come è stato sottolineato da autorevole dottrina, la tendenza giurisprudenziale a postulare l'osservanza di regole cautelari (*default option*) rilevanti in sede di accertamento della responsabilità penale in situazioni di incertezza scientifica, ponendo così rimedio al deficit di conoscenza mediante l'enfaticizzazione di ipotesi pre-scientifiche, si risolve nel richiamo a ciò che in realtà è un mero spettro di norma cautelare, un *golem* la cui applicazione mette capo ad un paradosso, che nega la struttura e la funzione dell'accertamento del nesso di colpa³⁰.

3.2. La vincolatività del principio nei confronti del legislatore

Una volta rilevata l'inutilizzabilità del principio di precauzione quale parametro cautelare in sede di valutazione della colpa di chi si sia trovato ad agire fronteggiando una situazione di rischio, si tratta di valutare se tale principio possa svolgere una funzione precettiva nei confronti del legislatore, al quale si richiederebbe d'adottare un modello di protezione fondato sull'imposizione di un divieto penalmente sanzionato. L'obbligo da imporre non potrebbe che assumere, nuovamente, i connotati della cosiddetta *default option*, dal momento che il suo presupposto si rinverrebbe, ancora una volta, nella complessiva ignoranza scientifica circa la portata dei rischi e le procedure, diverse dall'astensione, che ne garantiscano l'eliminazione in radice³¹.

I modelli di illecito penale astrattamente utilizzabili a presidio di un determinato bene giuridico sono molteplici: alla tutela di tipo riaffermativo che scatta a seguito della verifica di un evento di danno si aggiunge la tecnica di incriminazione del pericolo (a sua volta graduabile come concreto, astratto, presunto) e, infine, il modello a natura ingiunzionale, nel quale oggetto immediato di tutela diviene l'autoritatività dell'ordine emanato dalla pubblica amministrazione, perseguendosi solo in via mediata la tutela del bene finale (la salute collettiva, l'ambiente, ecc.).

In ambiti connotati da spiccata incertezza scientifica, il ricorso alla tradizionale tutela penale di evento quale principale tecnica di incriminazione risulta poco praticabile per le consistenti difficoltà nella fase di

²⁹ In argomento vedi *infra* par 3, ii.

³⁰ Vedi C. PIERGALLINI, *Il paradigma*, cit., 1696.

³¹ Mediante una formalizzazione normativa, per altro, diverrebbe possibile aggirare alcune delle difficoltà sopra osservate circa la configurazione delle *default option* come norma cautelare a natura generica: tra di esse, l'individuazione dell'operatività temporale della regola (che in questo caso diverrebbe specifica) e dei soggetti chiamati alla sua applicazione.

accertamento processuale, specialmente sotto il profilo del nesso eziologico³², che finirebbero per provocare, alternativamente, o una grave crisi d'effettività della norma penale, o fenomeni di «flessibilizzazione» delle categorie di parte generale, al fine di aggirare proprio gli ostacoli di ordine probatorio³³. Considerato che certamente non minori si rivelano le difficoltà palesate dalle fattispecie di pericolo concreto, in alternativa rimangono l'impiego di fattispecie penali di pericolo presunto (per le quali la valutazione sulla portata offensiva della condotta, la creazione di una situazione di pericolo, è operata, *ab ovo*, dal legislatore) o il ricorso al modello di natura ingiunzionale³⁴.

Ambedue i modelli di tutela appena richiamati, per altro, consentirebbero la valorizzazione dell'obbligo astensivo, facendo in modo che la violazione di quest'ultimo rappresenti, di per sé, un fatto penalmente rilevante, ma necessiterebbero di limiti edittali adeguati e proporzionati all'accentuata anticipazione della soglia di tutela su cui si basano. Trattandosi di normativa rivolta alla tutela di funzioni regolamentatrici prima ancora che di beni giuridici dotati di un carattere naturalistico³⁵, sarebbe doveroso orientare la scelta verso la forma dell'illecito contravvenzionale, così esponendo l'effettività della sanzione penale all'alea di

³² Nel caso in cui spetti al legislatore il compito di positivizzare il divieto, infatti, minori si rivelerebbero le difficoltà in ordine all'accertamento della colpa, dal momento che non si verrebbero a determinare particolari problematiche circa la percepibilità del comando cautelare da parte dei singoli consociati, trovando esso una diretta espressione normativa, in base alla quale, di fronte a situazioni di incertezza, viene fatto obbligo di astensione.

³³ In relazione alle tendenze di flessibilizzazione delle tecniche di accertamento del nesso causale, Vedi F. STELLA, *Giustizia*, cit., 185 ss.; L. STORTONI, *Angoscia*, cit., 76.

³⁴ In questo caso, mediante il ricorso a tali modelli di tutela diviene possibile aggirare le rilevanti difficoltà altrimenti emergenti in fase di accertamento della realizzazione del reato, ad es. sotto il profilo dell'accertamento del nesso eziologico tra condotta ed evento, con possibili ricadute positive anche in relazione al rispetto del principio di legalità. Vedi G. FORTI, «Accesso», cit., 211 ss; F. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 246; D. PULITANÒ, *Questioni di fatto*, cit., 1031 ss. Sotto un altro profilo, peraltro, si deve sottolineare che l'adozione di una tutela estremamente anticipata rischia di accentuare, anziché attenuare, le problematiche relative allo scarso rispetto del principio di idoneità: la scarsa offensività rappresenta, addirittura, un difetto originario e fisiologico di questo tipo di illecito. Vedi D. PULITANÒ, *Questioni di fatto*, cit., 1031 ss. Infine, deve sottolinearsi come la prospettazione di tali modelli di tutela non possa prescindere dall'osservazione delle garanzie in termini di offensività, idoneità e sussidiarietà che già caratterizzano la tutela penale d'evento. Deve rilevarsi come la stratificazione dei beni giuridici oggetto di tutela (beni strumentali, intermedi o finali) implica intrinsecamente la costruzione di una struttura coordinata di tutela, e che pertanto anche nell'ipotesi in cui si intenda valorizzare un modello di tipo ingiunzionale questo non possa che essere coordinato con le altre, più tradizionali tipologie di illecito, al fine di ottenere un idoneo edificio di tutela che possa reprimere, su ogni livello, l'offesa al bene giuridico 'finale'. Vedi G.A. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004, 51 ss.

³⁵ Vedi F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia, tutela di beni, o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097.

quella vasta rosa di cause di non punibilità e di estinzione del reato che, pur non determinando un autentico vuoto di effettività che si traduca in una sostanziale impunità degli autori dell'illecito³⁶, consentono la sostituzione della sanzione penale con una sua forma surrogata che assurge, troppo spesso, al ruolo di costo eventuale ed accettabile della violazione del precetto penale (infrazione di natura, spesso, molto redditizia)³⁷.

Dopo aver accennato alle tecniche di incriminazione più funzionali alla valorizzazione dell'obbligo astensivo come modello di comportamento in situazioni connotate da un'elevata incertezza scientifica, si pone la necessità di interrogarsi sulla reale possibilità di procedere ad una forma di gestione del rischio che si fondi, esclusivamente, sull'imposizione di un divieto. Un'applicazione generalizzata ed indiscriminata di quest'ultimo paradigma non pare praticabile: come è stato molto incisivamente osservato³⁸, il principio di precauzione si trova in costante bilico tra *buon senso* ed *oscurantismo*, tra l'essere una regola che consente di fronteggiare adeguatamente i rischi connessi allo sviluppo tecnologico e al contempo rappresentare un autentico vincolo nei confronti di quest'ultimo³⁹. Di fronte a situazioni di ignoranza scientifica, nascondere 'la propria testa sotto la sabbia' non costituisce, necessariamente, la migliore opzione disponibile, specialmente se, nello specifico, la sabbia è quella, particolarmente insidiosa, della tutela penale, il ricorso alla quale non può prescindere da determinate condizioni che ne rappresentano il presupposto razionale e funzionale.

Si tratta di verificare il rispetto, da parte della norma penale, dei parametri di idoneità e necessità per il raggiungimento dello scopo perseguito, e finanche di proporzionalità tra restrizione legale, sanzione ed oggetto di tutela. Per quanto riguarda il requisito dell'idoneità (e specificamente l'idoneità della norma ad ottenere il proprio scopo)⁴⁰, si deve rilevare che l'evanescenza ed inafferrabilità dell'evento che incarna il rischio viene a riflettersi sull'indeterminabilità dello stesso scopo della norma, con la conseguente difficoltà di valutarne l'idoneità. Considerazioni non dissimili possono svolgersi in merito alla valutazione sulla proporzionalità tra sanzione e bene giuridico tutelato. In ultima analisi, un ricorso indiscriminato allo strumento del diritto penale, in questo campo, non reggerebbe al vaglio di ragionevolezza

³⁶ Vedi A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano 1998, 124.

³⁷ È il caso in cui la sanzione possa essere irrogata sotto forma di decreto penale di condanna, o, viceversa, si incarni nel prezzo dell'oblazione.

³⁸ Vedi F. GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza nella scienza?*, in *DP*, 2003, 163.

³⁹ Si rileva come una demonizzazione indiscriminata della scienza in quanto tale non possa certo essere considerata razionale o condivisibile: in definitiva il progresso scientifico, oltre ad essere stato latore di rischi e concreti effetti collaterali, ha consentito un'indiscutibile e sensibile innalzamento della qualità della vita. Vedi L. STORTONI, *Angoscia tecnologica*, cit., 72.

⁴⁰ Per quanto riguarda l'idoneità del fatto vietato ad offendere il bene giuridico si richiama quanto osservato in merito al principio di offensività.

al quale è sottoposto ogni intervento del legislatore connotato da un alto grado di discrezionalità delle scelte di politica criminale⁴¹.

Autorevole dottrina si è a lungo interrogata circa l'opportunità di procedere ad un progressivo ritrarsi del diritto penale di fronte a campi nei quali l'incertezza scientifica può determinare un conflitto coi principi costituzionali, suggerendo di colmare i vuoti di tutela che si sarebbero determinati mediante il ricorso ai maggiormente elastici strumenti del diritto amministrativo e del diritto civile⁴². In realtà, anche trasferendo il compito attualmente svolto dal diritto penale ad altri rami dell'ordinamento, le difficoltà incontrate non verrebbero meno, dal momento che anche il diritto amministrativo e civile si fondano su ben determinati principi e regole operative che ne determinano il funzionamento⁴³, e che non prescindono da una basilare esigenza di «concretezza» normativa, tanto da sconsigliarne, ancora una volta, un uso indiscriminato. Il fatto poi che i modelli di tutela propri di tali rami del diritto offrano una maggiore libertà di azione (ossia siano meno vincolati al rispetto di principi costituzionalmente stringenti), comporta, al tempo stesso, che essi si rivelino meno idonei ad assicurare il rispetto di quelle garanzie che sono fondamentali nel momento in cui si procede a disciplinare i rapporti intercorrenti tra beni giuridici di primario rilievo. Il diritto civile e il diritto amministrativo non hanno quindi gli strumenti necessari per offrire una tutela giuridica adeguata ai beni in gioco, sia per quanto riguarda gli strumenti sanzionatori disponibili, sia per quanto riguarda le garanzie offerte⁴⁴.

I limiti insiti nel tentativo di riversare la *default option* in regole di comportamento a contenuto rigidamente astensivo sono, a questo punto,

⁴¹ Vedi S. CANESTRARI, F. FAENZA, *Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale*, in *Criminalia*, 2008, 74.

⁴² Vedi F. STELLA, *Giustizia*, cit.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 119 ss.

⁴³ D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 808 ss.

⁴⁴ La stessa UE ha, in più occasioni, espresso l'esigenza della permanenza di un nucleo di sanzioni penali finalizzate a reprimere i più gravi fenomeni di danno ambientale. È il caso della Direttiva Europea 21 maggio 2008, nella quale è stato definito un elenco minimo di ipotesi di inquinamento per le quali gli stati membri avrebbero dovuto prevedere l'incriminazione. Nella proposta di direttiva presentata dalla Commissione il 9 febbraio 2007, inoltre, si è sottolineato come non tutti gli Stati membri fossero dotati di un adeguato apparato di sanzioni penali posto a difesa del bene ambiente, nonostante tale categoria di illecito rappresentasse una opzione necessaria, in virtù dell'elevata riprovazione sociale che caratterizza le condotte penalmente rilevanti (e che non si riflette nei corrispettivi illeciti amministrativi e civili); della possibilità di non fare leva esclusivamente su sanzioni di natura economica, scarsamente dissuasive per soggetti non solvibili o che traggano forti guadagni dall'attività illecita; dell'incisività degli strumenti posti a disposizione dell'autorità giudiziaria. Sull'argomento vedi F. SAITTA, *Le sanzioni amministrative nel codice dell'ambiente*, in *RGA*, 2009, 54; A.L. VERGINE, *Valutazioni critiche sulle più recenti proposte normative in tema di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, 870.

evidenti: se si vuole attenuare il rischio di esiti oscurantistici sottesi alla generalizzazione della *default option* come regola operativa, la soluzione da preferire risulta essere, in definitiva, quella che divide la regolamentazione della gestione delle attività rischiose tra i diversi rami del diritto, con riguardo alle possibilità e ai limiti di ognuno di essi, non rinunciando alla tutela penale ma concentrando la medesima, graduatamente, sui beni veramente meritevoli e sui casi veramente necessari. Il riferimento ai beni giuridici davvero meritevoli, ed ai casi veramente necessari, pone, peraltro, la necessità di individuare il parametro alla stregua del quale operare la necessaria selezione⁴⁵. Giacchè l'affermazione giurisprudenziale del precauzionismo in chiave prettamente precettiva non consente di individuare referenti di valore verso cui orientarsi in chiave selettiva, si tratta di trovare il «filo di Arianna» che conduca, fuori dalla valle del caos dell'incertezza, ad un modello di gestione che si attagli alle caratteristiche del rischio. È questo lo scopo al quale si rivolge la lettura del principio di precauzione come parametro metodologico.

4. Il principio di precauzione come decalogo metodologico

La concezione *metodologica* considera il principio di precauzione non una fonte diretta di modelli comportamentali, ma il modo d'essere dell'analisi scientifica del rischio. In altre parole, il principio non si esplicherebbe, esclusivamente o prevalentemente, nella fase del *risk management*, ma assumerebbe un'importanza centrale già in quella del *risk assessment*⁴⁶.

In questo contesto ricostruttivo, il principio in esame viene utilizzato in funzione servente rispetto all'attività di studio e di analisi dei fattori di rischio legati ad una data attività, e delle procedure che possano consentire di ridurre tali fattori entro un limite di accettabilità. Conformemente a tali presupposti, il primo requisito caratterizzante il principio in esame è quello dell'intrinseca *scientificità*, ovvero di un elemento che

⁴⁵ Vedi D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto*, cit., 1029 ss. L'autore pone un interrogativo fondamentale in relazione alle scelte di incriminazione di fronte a situazioni di incertezza: i saperi fondati su apprezzamenti incerti sulla dannosità-pericolosità sono un legittimo fondamento per scelte di incriminazione? Fino a che punto, poi, tale scelta di penalizzazione può spingersi, data tale incertezza di fondo? Ecco come il principio di precauzione addita, necessariamente, la sussistenza di criteri di delimitazione, al fine di mantenere un rapporto di 'offensività' col bene giuridico. In merito vedi *infra*, par. 4.

⁴⁶ Nel concetto di *risk assessment* si riconducono tutte le operazioni rivolte ad ottenere una corretta e quanto più attendibile possibile rappresentazione dello stato del rischio di una determinata attività, ivi comprese quelle dedicate ad individuare le procedure utilizzabili al fine di contenere il rischio entro livelli di tollerabilità. Con *risk management*, invece, si intende la predisposizione e realizzazione di quei modelli comportamentali finalizzati a gestire, nel concreto, il rischio.

differenza sensibilmente questa impostazione dalla concezione precettiva (ed essenzialmente a-scientifica), che pretende di adottare il precauzionismo come canone comportamentale del *risk management*, mediante lo strumento della *default option*, individuando nel fallimento della scienza il presupposto di attivazione dell'obbligo astensivo (in tal modo, il principio non risulta vincolato né al parametro scientifico né, in definitiva, a nessun altro: da questo «deficit di valore», deriva il concreto pericolo che il principio di precauzione trascolori nell'oscurantismo)⁴⁷. La concezione *metodologica* presuppone, invece, che il principio si interfacci con l'indagine scientifica, senza porsi, con essa, in termini di rigida alternativa, bensì in termini di *sussidiarietà* e *complementarietà*, quale 'stampella' alla quale il metodo scientifico si appoggia sul terreno dell'incertezza. Inoltre, vincolando l'operatività del principio di precauzione all'esistenza di una base scientifica, si garantisce il rispetto dei requisiti di idoneità-necessità dell'azione penale.

La già citata *Comunicazione* della Commissione Europea delinea un modello entro il quale il principio di precauzione assume, per l'appunto, una veste *metodologica*. Partendo dal presupposto che una corretta tecnica di gestione del rischio implica una ricostruzione quanto più possibile fedele e razionale del suo oggetto, la Commissione ha sottolineato la necessità: a) della disponibilità di dati scientifici quanto più possibile affidabili e completi⁴⁸; b) di ottenere che dai dati scientifici a disposizione emerga l'esistenza di una possibilità o seria plausibilità dell'esistenza di un rischio⁴⁹.

In ultima analisi, la Commissione prospetta una tecnica di ragionevolezza, che in fase di *risk assessment* evidenzia le situazioni che meritano l'attenzione dell'ordinamento (in quanto da esse sia effettivamente attendibile l'esistenza di un rischio), utilizzando il principio di precauzione come criterio-guida nella situazioni di incertezza scientifica circa la ricostruzione dei possibili pericoli che possano derivare da una determinata tecnologia e la loro relativa portata; la scelta circa la

⁴⁷ In tale deficit di riferimento, pertanto, il precauzionismo correrebbe il rischio, come per la celebre colomba kantiana, di precipitare al suolo, non trovando più l'aria sulla quale potersi librare.

⁴⁸ La mera situazione di «attesa del rischio» non potrebbe, quindi, valere a mobilitare l'intervento dello stato.

⁴⁹ Non si tratterebbe, pertanto, di un modello ultraprudenziale, che operi azzerando ogni circostanza nella quale sia ipotizzabile l'esistenza di un rischio, mossa da un'incontrollata angoscia tecnologica, quanto di una procedura volta a selezionare, a monte, ciò che davvero può richiedere l'attenzione del legislatore. Vedi G. FORTI, «Accesso», cit., 192 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 236 ss.; D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto*, cit., 1029, che si esprime nei seguenti termini: «In bilico tra buon senso ed oscurantismo, il principio di precauzione non può essere ragionevolmente considerato un principio sostantivo, che imponga limiti o divieti rigidi, ma è un principio di *legittimazione di interventi di pubbliche autorità*».

teoria sulla quale fondare la propria successiva politica di gestione del rischio dovrà cadere sulla ricostruzione più pessimista, quella che paventa le peggiori conseguenze negative. In fase di *risk management*, più che prevedere un radicale obbligo di astensione, è necessario attuare le cautele che consentano di ricondurre i rischi così individuati entro ragionevoli ed accettabili ambiti di sicurezza⁵⁰, relegando la *default option* al ruolo di *extrema ratio*. In tal modo sarebbe possibile procedere al corretto e consapevole bilanciamento degli interessi in conflitto: la scientificità garantirebbe l'attinenza della normativa ai beni giuridici oggetto di tutela, assieme alla ragionevolezza ed adeguatezza delle misure scelte rispetto al rischio.

L'adozione della concezione metodologica del principio di precauzione, finalizzata a ricondurre la situazione di rischio entro livelli d'accettabilità sociale, non costituisce certamente una rinuncia, ancorché parziale, alla tutela dei beni giuridici suscettibili di essere aggrediti dall'attività rischiosa, ma appare piuttosto ricollegabile ad una sorta di *realismo o pragmatismo giuridico* largamente diffuso in ogni società complessa. La modernità ha imparato a convivere col rischio, nella consapevolezza dei benefici che possono derivare dall'averlo affrontato. *Navigare necesse*⁵¹, come è stato efficacemente evidenziato, ed indubbiamente non può essere ignorato il dato, già evidenziato, che esprime l'enorme innalzamento della qualità della vita che lo sviluppo tecnologico ha saputo garantire⁵². È per questa ragione che la logica di bilanciamento tra costi e benefici⁵³, già fatta propria nel campo della gestione di pericoli *certi* connessi alla realizzazione di attività umane, deve essere recepita entro l'area del rischio, e che pertanto emerge, anche di fronte all'ignoto tecnologico, un essenziale bisogno di ponderazione, che si esprime nella fissazione di soglie di tolleranza, di accettabilità sociale del rischio, al fine di perseguire l'obiettivo, tanto spesso invocato, di uno sviluppo sostenibile. La ricerca di un temperamento è rispecchiata dalla proliferazione, nelle varie discipline di settore, dello strumento normativo della fissazione di valori o limiti soglia per lo svolgimento di attività pericolose o, addirittura, lesive⁵⁴. Così come la soglia di rischio-danno viene determinata

⁵⁰ Ragionevolezza ed accettabilità, anche in questo caso, percepite mediante una lettura precauzionale dei dati scientifici a disposizione.

⁵¹ F. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 247.

⁵² L. STORTONI, *Angoscia*, cit., 72.

⁵³ Vedi F. GIUNTA, *La legalità*, cit., 152.

⁵⁴ Si fa riferimento, a titolo esemplificativo, al d.lgs. n. 152/2006 «codice dell'ambiente», e al d. lgs. n. 81/2008 «sicurezza sul lavoro», Un esempio della prima ipotesi si rinviene qualora il legislatore determini i limiti massimi entro in quali il datore di lavoro possa esporre il lavoratore ad una determinata sostanza, o alle modalità in cui tale esposizione possa legittimamente compiersi, mentre nella seconda ipotesi rientrano i casi nei quali si viene a determinare, preventivamente, il tetto massimo di immissione

in funzione di bilanciamento di valore ed in un'ottica ultraprudenziale che consenta di assorbire eventuali «errori di calcolo» del *risk assessment* tali da aver sottovalutato la portata offensiva dell'evento dannoso temuto, anche il superamento di tale limite non è tale da assumere autonomo rilievo in vista della realizzazione di fatti tipici di evento o di pericolo, restando inconciliabile il grado di certezza prescritto per l'accertamento penale con la prospettiva *cautelativamente orientata* adottata nella fissazione dei valori-soglia. Il superamento di quest'ultimi potrà assumere rilevanza, pertanto, soltanto all'interno di un modello di tutela ingiunzionale, nei termini di violazione del comando ricevuto.

Se la supremazia del ruolo prioritario della scienza nello svolgimento di valutazioni di fatto è stata sottolineata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 282/2002⁵⁵, non è però ancora risolta la disputa circa il ruolo da affidare alla *default option* all'interno del nostro ordinamento. Molto spesso, quando la scienza non è in grado di offrire una risposta univoca circa le conseguenze di una data attività, si pone la necessità di porre a confronto tra loro differenti teorie circa i rischi connessi all'uso di una data tecnologia, delle quali tutte, ad eccezione di una, si riveleranno erranee. Nella misura in cui impone di adottare come presupposto dell'azione di *risk assessment* la ricostruzione più «pessimista», il principio di precauzione svolge una funzione essenzialmente *etica*, in favore di una scelta maggiormente consapevole e responsabile. Esso consente, cioè, una valutazione critica sulla meritevolezza dello sviluppo della nuova tecnologia, definendone, al tempo stesso, modo e limiti dell'attuazione⁵⁶.

È poi possibile che si determini una condizione di ulteriore incertezza, poiché la scienza non è in grado di offrire alcuna indicazione circa i rischi connessi all'attività umana sotto esame. Si tratta dei casi, non così infrequenti, nei quali non sono disponibili teorie scientifiche, nemmeno di carattere probabilistico (ossia rispondenti ad un parametro epistemologico di falsificabilità popperiana o di verificabilità bayesiana) che possano fondare il sospetto circa la rischiosità dell'attività in esame. Si tratta di casi posti al di là della sfera di operatività della concezione metodolo-

nell'ambiente di sostanze inquinanti, come nel caso della procedura volta ad autorizzare gli scarichi di acque reflue. Vedi *infra*, par. 7.

⁵⁵ Vedi D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto*, cit., 1019.

⁵⁶ Un esempio di tale critica selettiva potrebbe derivare dall'applicazione della procedura descritta al campo della telefonia mobile: vi sono sospetti circa la pericolosità dell'utilizzo del cellulare, eppure esso si è rivelato strumento utilissimo e prezioso, di modo che i benefici legati al suo utilizzo risultino superiori a rischi. Tale rapporto potrebbe però invertirsi in relazione alla tecnologia dei videofonini e dei Tvfonini, dal momento che i benefici connessi alle funzioni aggiuntive di tali strumenti potrebbero non compensare i rischi legati alla decuplicazione dell'energia elettromagnetica immessa nell'ambiente e sviluppata da quegli stessi strumenti.

gica del principio di precauzione, dal momento che fanno difetto tanto il requisito della scientificità quanto quello della sussidiarietà.

In questi casi problematici, l'eventuale imposizione di un obbligo astensivo (appunto, la cosiddetta *default option*), in nome dell'esigenza di tutela di beni fondamentali, non terrebbe conto del fatto che, in una situazione di ignoranza scientifica, la definizione del rischio sarebbe lasciata, in pratica, alla valutazione del legislatore e della società⁵⁷, senza nessun limite di meritevolezza rinvenibile *in rerum natura*. In tale quadro, alla netta deriva oscurantista legata all'irrefrenabilità dell'espansione applicativa della *default option*, sarebbe possibile porre limite soltanto mediante l'attribuzione alla medesima di una funzione essenzialmente moratoria⁵⁸, con la quale l'ordinamento si troverebbe a proibire, momentaneamente, l'applicazione di una determinata tecnologia, al fine di consentirne un adeguato e mirato studio scientifico, volto ad approfondirne la conoscenza (*rectius*, ad averne una).

5. I contenuti precettivi modali

Dall'analisi svolta è emersa la natura essenzialmente politica della scelta relativa alle procedure di contenimento del rischio tecnologico. Il bilanciamento tra costi temuti e benefici attesi e il grado di aleatorietà che caratterizza il tema dell'incertezza scientifica non fanno che esaltare tale politicità. Mentre nel caso della definizione delle procedure rivolte a contenere un pericolo la determinatezza delle conoscenze scientifiche consente un certo grado di automatismo nelle procedure di *assessment* e *management*, di fronte alla categoria del rischio quelle stesse procedure sono sottoposte ad un grado tale di discrezionalità da richiedere il rispetto di garanzie di legalità, imparzialità e trasparenza. Aldilà delle scelte e delle valutazioni del legislatore, quale organo politico, rappresentativo degli interessi collettivi ed individuali posti a rischio, non vi può essere spazio per interventi vicari da parte della giurisprudenza⁵⁹, in difetto di legittimazione costi-

⁵⁷ Come molto efficacemente sottolineato da G. FORTI, «Accesso», cit., 165 ss., Gli ambiti di applicazione del principio di precauzione dipendono, essenzialmente, da una *euristica della disponibilità*, che incide negativamente sulla coerenza della ricezione del prudenzialismo. Mentre in ragione della verifica di gravi disastri ambientali l'Europa ha sviluppato il principio di precauzione come risposta al fenomeno del rischio tecnologico, gli USA, a seguito della strage delle *Twin towers* hanno dimostrato una sensibilità precauzionale fortemente indirizzata contro i rischi del terrorismo.

⁵⁸ In questo si tradurrebbe, pertanto, la derivazione dal principio di precauzione di obblighi di agire direttamente rivolgibili ai singoli: «non agite, finché non abbiate svolto indagini tali da escludere, in base alla migliore scienza ed esperienza oggi disponibili, la possibilità di verifica di eventi lesivi». Vedi F. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 242.

⁵⁹ Vedi F. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 244.

tuzionale a disporre dei beni giuridici posti in gioco dal bilanciamento degli interessi contrapposti; né tanto meno è ipotizzabile il ricorso all'intervento dei privati che si propongano di introdurre la nuova tecnologia sul mercato (nonostante essi si trovino, presumibilmente, a disporre della migliore conoscenza scientifica circa i rischi): tali soggetti non appaiono dotati di imparzialità, in ragione dell'interesse commerciale legato alla diffusione della nuova tecnologia; le richiamate conoscenze superiori, del resto, potranno se del caso essere recuperate mediante il coinvolgimento dei privati nelle procedure rivolte alla gestione del rischio.

Posti in evidenza il ruolo assolutamente centrale del legislatore e l'imprescindibilità della scienza come parametro primo per lo svolgimento delle operazioni finalizzate al *risk management*, deve peraltro rilevarsi come, di fatto, il legislatore non possiede competenze e conoscenze adeguate perché possa, da solo, affrontare l'insidioso terreno delle decisioni in condizioni d'incertezza scientifica. A quali fonti di conoscenza si deve, dunque, rivolgere? In proposito, la riflessione comune prende le mosse dalle maggiori conoscenze del privato (inteso, in realtà, come entità organizzata meta-soggettiva, ossia una struttura complessa) rispetto allo Stato. L'organizzazione complessa che ha studiato, sviluppato e sperimentato la nuova tecnologia ha, infatti, un patrimonio conoscitivo di partenza indiscutibilmente superiore rispetto a quello di cui dispone la pubblica amministrazione⁶⁰. È altresì presumibile che il privato mantenga il proprio «vantaggio» nel tempo, grazie alla possibilità di dedicare ingenti risorse all'ulteriore ricerca sulla nuova tecnologia. Appare opportuno che tale patrimonio conoscitivo sia adeguatamente valorizzato sul piano normativo, ai fini del rimprovero colposo per reati d'evento o di pericolo concreto⁶¹. La maggiore prevedibilità delle ricadute negative di una data condotta, accompagnata da un superiore *know how* circa le procedure finalizzate alla neutralizzazione di tale esito, devono infatti confluire nella costruzione dell'agente modello al quale il soggetto privato era tenuto ad adeguarsi⁶².

Sul presupposto che le conoscenze superiori degli operatori debbano essere sfruttate al fine di ottenere un adeguato livello di prevenzione, sono state sostenute da un lato la tesi della doverosa partecipazione del privato alle procedure di *risk assessment*, e, dall'altro, l'opportunità della previsione di una responsabilità penale per chi si sottragga a tale compito. Sotto il primo profilo, si è infatti sottolineata⁶³ la necessità di definire

⁶⁰ Vedi C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Milano, 2004, 222.

⁶¹ Vedi G. FORTI, «Accesso», cit., 192 ss.

⁶² Sulla ricostruzione dell'agente modello di fronte ai fenomeni lesivi propri della modernità, vedi V. ATTILI, *L'agente modello*, cit., 1240 ss.

⁶³ Vedi F. GIUNTA, *La legalità*, cit., 165 ss.; C. PIERGALLINI, *La responsabilità del produttore: una nuova frontiera del diritto penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1128 ss.; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto*, cit.

procedure partecipate per la gestione dei rischi derivanti dalle nuove tecnologie, nelle quali si realizzi una cooperazione tra il privato intenzionato ad introdurre sul mercato un nuovo «fattore di rischio» e lo Stato, garante della tutela dei beni giuridici. In alcuni casi si giunge alla proposizione di autentiche procedure negoziate, nelle quali possano giocare un ruolo – per così dire, di contraddittorio – anche le organizzazioni dei consumatori, così da rendere debitamente rappresentati tutti gli interessi in gioco. In un simile contesto, la pubblica amministrazione si troverebbe a rivestire il ruolo sostanziale del decisore, che, una volta ricostruiti con precisione i rischi temuti ed i benefici auspicati di una determinata attività produttiva, effettua un consapevole bilanciamento degli interessi contrapposti al fine di regolamentare prudentemente (principio di prevenzione) l'utilizzo e diffusione della nuova tecnologia. Questa concezione consente di mantenere l'accentramento della funzione decisionale in capo allo Stato, al contempo garantendogli il supporto del migliore apparato conoscitivo circa lo stato del rischio.

Sul presupposto del numero estremamente elevato di attività rischiose oggi configurabili, ed in ragione dell'estrema settorialità delle competenze scientifiche connesse al loro sviluppo⁶⁴, sono state ipotizzate⁶⁵ procedure di gestione a livello sociale del rischio, che, per quanto affini a quelle di natura partecipata, si prefiggono lo scopo di decentralizzare l'onere della predisposizione delle regole del *risk management* mediante una crescente responsabilizzazione del privato. Alla base di tale impostazione vi è il convincimento che l'organizzazione complessa, in ragione della propria prossimità alla fonte del rischio, abbia maggiori capacità di controllo sulla medesima, sia avuto riguardo all'aggiornamento delle procedure di sicurezza in ragione di eventuali nuove e più complete conoscenze scientifiche, sia per la più rapida ed efficace possibilità d'intervento una volta che il rischio si manifesti in eventi lesivi determinati⁶⁶.

⁶⁴ Vedi U. BECK, *La società*, cit., 234, che a questo proposito parla di *feudalizzazione dei saperi*.

⁶⁵ D. CASTRONUOVO, *La colpa*, cit., 300 ss.; G. FORTI, «Accesso», cit., 193 ss.; C. PIERGALLINI, *La responsabilità del produttore*, cit., 1128; D. CASTRONUOVO, *Responsabilità*, cit., 336, il quale sottolinea come ai privati debbano essere rimessi compiti di valutazione e gestione dei fattori di rischio, che si traducano nella individuazione delle regole cautelari di natura specifica. Tali protocolli dovrebbero essere successivamente validati da organi con funzioni amministrative. Un esempio di procedura concertata fondata sull'autoregolazione privata è fornito da D. CASTRONUOVO, *Responsabilità*, cit., 325 ss., che richiama il d.lgs n. 155/97, art. 4 (oggi abrogato e sostituito dal d.lgs. n. 193/2007) che prevedeva la facoltà, per i produttori alimentari, di predisporre manuali di corretta prassi igienica, con la partecipazione delle altre parti interessate alla diffusione del prodotto (associazioni dei consumatori e parte pubblica). I manuali, redatti in considerazione di linee guida di provenienza anche sovranazionale, sono successivamente sottoposti al vaglio del Ministero della Salute e quindi della Commissione Europea.

⁶⁶ Vedi F. GIUNTA, *La legalità*, cit., 154.

In siffatta procedura, che si potrebbe definire *concertata*, la pubblica amministrazione manterrebbe la propria funzione di direzione e coordinazione dell'autoregolamentazione delle diverse organizzazioni complesse, fissando le linee operative nel rispetto delle quali dovranno essere tracciate, in concreto, le singole procedure di *risk management*, così come la gerarchia degli interessi giuridici coinvolti dall'attività rischiosa⁶⁷.

Il presupposto comune alle varie procedure di gestione ipotizzate è la sussistenza di un obbligo di comunicazione delle proprie conoscenze gravante sui privati⁶⁸. L'adempimento di tale obbligo, funzionale alla realizzazione d'una efficace politica di gestione del rischio, potrebbe essere assicurato mediante la predisposizione di talune ipotesi di illecito⁶⁹, di natura sia amministrativa che penale⁷⁰. Trattandosi di fattispecie ricadenti all'interno di un modello di tipo ingiunzionale, sarebbe necessario adeguare i limiti edittali al livello di anticipazione di tutela; inoltre, l'efficacia di tali nuove figure criminose resterebbe condizionata anche al loro inserimento entro il novero di reati in grado di attivare la responsabilità da reato dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/01⁷¹.

In considerazione dell'elevata specificità e complessità del compito affidato alla funzione pubblica nel campo del *risk management*, tale, appunto, da richiedere un alto livello di specializzazione dell'organo al

⁶⁷ G. FORTI, *Accesso*, cit., 203.

⁶⁸ G. FORTI, *Accesso*, cit., 196 ss.; C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 1129. Non a caso è stato efficacemente sostenuto che nella società moderna il vero valore di scambio non sia quello intrinseco al concetto di proprietà, quanto la facoltà di accesso, ad essa, od alle informazioni in genere «il capitale intellettuale raramente viene scambiato; rimane invece, in possesso del fornitore, il quale lo noleggia o ne autorizza un uso limitato da parte di terzi»; è «l'accesso all'intero sistema di relazioni sociali che rende possibile una vita di qualità» (J. RIFKIN, *The age of the access*, trad. it., *L'era dell'accesso, la rivoluzione della new economy*, Milano, 2001, 7, 318).

⁶⁹ Vedi F. GIUNTA, *Il diritto penale*, cit., 246, per cui «L'incriminazione sarebbe posta, cioè, a tutela delle procedure di valutazione del rischio da parte del corpo sociale, confermando che il 'precauzionismo' non rileva come principio assoluto, ma entra piuttosto in bilanciamento con l'utilità sociale dell'attività pericolosa». Vedi anche G. FORTI, *Accesso*, cit., 217, il quale auspica addirittura la predisposizione di fattispecie colpose quali la «Omessa comunicazione colposa delle informazioni rilevanti per la gestione del rischio».

⁷⁰ Per altro, è stato sottolineato (Vedi G. FORTI, *Accesso*, cit., 212) come la mancata comunicazione del proprio bagaglio scientifico possa assumere rilevanza anche nell'ambito civilistico, mediante la predisposizione di un illecito di portata generale che fondi l'addebito della responsabilità sulla violazione degli obblighi di studio, sviluppo e comunicazione delle informazioni sul rischio.

⁷¹ Vedi G. FORTI, «Accesso», cit., 213; C. PIERGALLINI, *La responsabilità*, cit., 1129. Si rileva, per altro, come a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 123/2007 e quindi dal d.lgs. n. 81/2008, l'art. 25 *septies* del d.lgs. n. 231/2001 contempra, come reati che fanno scattare la responsabilità amministrativa dell'ente, i casi di «omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro».

quale tale compito deve essere affidato, parte della dottrina⁷² ha auspicato l'instaurazione, in Italia, di un sistema di agenzie istituite *ad hoc* sul modello statunitense dell'Epa (*Environmental Protection Agency*), dell'Osha (*Occupational Safety and Health Administration*) e del Niosh (*National Institute for Occupational Safety and Health*). Tali agenzie rappresenterebbero, tratteggiandone le linee guida, un costante punto di riferimento per la definizione della propria attività di *preventive governance*, aiutando il privato nella predisposizione delle *regulatory compliance defence*.

6. Dinamiche della ricezione interna

Il principio di precauzione, che ha saputo, progressivamente, permeare la sensibilità del legislatore, lascia oggi traccia di sé in molteplici normative preordinate alla regolamentazione di campi critici. Il precauzionismo, ad un tempo, caratterizza tali normative sotto il profilo delle enunciazioni di principio e della definizione dei concreti strumenti diretti alla tutela dei beni giuridici di volta in volta posti a rischio dall'attività umana in questione. Una cernita completa di tali normative fuoriuscirebbe, con tutta evidenza, dall'economia delle presente trattazione, la quale si limiterà ad indicare, con brevi cenni, alcune delle disposizioni maggiormente significative dal punto di vista della ricezione, entro i confini dell'ordinamento nazionale, del principio di precauzione. In tale ottica necessariamente ricognitiva, si richiamano innanzi tutto le disposizioni introduttive del d.lgs. n. 206/05 «codice del consumo», normativa fortemente ispirata alla concezione moderata del precauzionismo. Specialmente gli artt. 4 e 5 del decreto, rubricati «educazione del consumatore» e «obblighi generali (del produttore)», sanciscono un diritto-dovere del consumatore alla autore-sponsabilizzazione ed informazione circa i rischi correlati all'utilizzazione di un determinato prodotto; l'art. 3 *ter* del d.lgs. n. 152/2006 «norme in materia ambientale»⁷³, definendo il «principio dell'azione ambientale», prevede che la tutela dell'ambiente debba essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati, nonché dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche e private «mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio «chi inquina paga» che, ai sensi dell'art. 174 comma 2 del Trattato dell'Unione Europea, regolano la politica della comunità in materia ambientale». Il principio di precauzione e quello del «chi inquina paga» vengono co-

⁷² Vedi F. STELLA, *La costruzione giuridica della scienza, sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 59 ss.

⁷³ Introdotto dall'art. 1 comma 2 d.lgs. n. 4/2008.

sì elevati a criteri guida della disciplina in materia ambientale, mentre l'art. 3 *sexies*⁷⁴ del decreto sancisce il diritto di accesso alle informazioni relative allo stato dell'ambiente. Più recentemente, il d.lgs. n. 81/2008, innovando parzialmente la disciplina della sicurezza sul lavoro, persegue la tutela della salute e dell'incolumità del lavoratore mediante una applicazione sinergica dei principi di prevenzione e di precauzione, che operino in maniera complementare per affrontare i pericoli ed i rischi ai quali il lavoratore possa essere esposto. A tali statuizioni di principio tali normative accompagnano l'istituzione di un complesso e strutturato meccanismo finalizzato alla gestione dell'attività rischiosa in questione, che coinvolga, generalmente, tutte le parti sociali coinvolte dall'attività umana e che persegua la finalità di determinare ambiti di liceità del rischio mediante la fissazione, in varia guisa, di valori soglia. È in questa prospettiva che l'art. 106 del codice del commercio prevede che tra i vari Ministeri e le altre amministrazioni pubbliche intercorrano procedure di consultazione e coordinamento finalizzate allo scambio di informazioni circa lo stato del rischio legato alle varie attività produttive, e che gli artt. 107 e 109 conferiscono alla PA il compito di svolgere un'attività di controllo e sorveglianza del mercato. Similmente, agli artt. 4 ss. del TU ambientale vengono definite le «procedure per la valutazione ambientale strategica (Vas), per la valutazione di impatto ambientale (Via) e per l'autorizzazione integrata ambientale (Ippc)»⁷⁵. Gli artt. 5 ss. del TU in materia di sicurezza sul lavoro, infine, istituiscono, ai vari livelli della PA, strutture finalizzate alla vigilanza sul rispetto degli standard di sicurezza entro il luogo di lavoro, composte dai rappresentanti di tutte le parti sociali in gioco⁷⁶. Le osservate disposizioni perseguono tutte l'obiettivo

⁷⁴ Introdotto dall'art. 1 comma 2 d.lgs. n. 4/2008.

⁷⁵ Con queste intendendosi: per Vas, «il processo che comprende ... lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità, l'elaborazione del rapporto ambientale, lo svolgimento di consultazioni, la valutazione del piano o del programma, del rapporto e degli esiti della consultazioni, l'espressione di un parere motivato, l'informazione sulla decisione ed il monitoraggio»; per Via, «il processo che comprende [...] lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità, la definizione dei contenuti dello studio di impatto ambientale, lo svolgimento di consultazioni, la valutazione del progetto, dello studio e degli esiti delle consultazioni, l'informazione sulla decisione ed il monitoraggio». Restando inteso che, in tema di inquinamento, è molto spesso ben determinata l'entità del danno arrecato all'ambiente, si viene a configurare, ugualmente, la necessità della fissazione di procedure partecipate rivolte a determinare, con un accettabile grado di approssimazione, il grado del *vulnus*, al fine di ottenere una gestione sostenibile dell'attività in questione. Sul tema, vedi G. MANFREDI, *VIA e VAS nel codice dell'ambiente*, in *RGA*, 2009, 63 ss.

⁷⁶ A questo proposito, l'art. 5 prevede l'istituzione di un «Comitato per l'indirizzo e la valutazione delle politiche attive e per il coordinamento nazionale delle attività di vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro» presso il Ministero della salute, allo scopo, tra gli altri, di «stabilire le linee comuni delle politiche nazionali in materia di salute e sicurezza sul lavoro»; «garantire lo scambio di informazioni tra i soggetti istituzionali al fine di promuovere l'uniformità dell'applicazione della normativa vigente» ed «individuare le

di consentire una gestione del rischio che sia, da un lato, partecipata da tutte le parti sociali interessate e, dall'altro, consenta una sua identificazione lontana, quanto possibile, da irrazionali derive oscurantistiche o sottovalutazioni indotte da interessi di natura economica.

Per quanto concerne gli strumenti di natura sanzionatoria adottati al fine di garantire effettività alle prescrizioni imposte per la gestione di un'attività rischiosa, (ovvero per rendere lecita, in quanto controllata, un'attività sicuramente dannosa), si rileva come le recenti tendenze legislative, senza rinunciare in alcuna misura alla tutela di stampo penalistico, abbiano adattato quest'ultima all'uso dedicato al campo dell'ignoto tecnologico. Sotto un primo profilo, si rileva una forte complementarità tra tutela penale ed amministrativa, al fine di garantire il ricorso ad un'ampia serie di sanzioni, che si graduino in proporzione al grado di offensività della violazione e che consentano di non limitare la reazione dell'ordinamento a misure che colpiscano l'autore materiale del fatto di reato, ma che interessino, al contrario, l'organizzazione complessa che, spesso, è l'autentica 'responsabile' delle scelte di gestione del rischio contrarie alla legge. Sotto questo profilo, è possibile richiamare, da un lato, l'art. 130 TU ambiente, elemento innovativo rispetto alla normativa previgente⁷⁷, mediante il quale si prevede, in aggiunta alle sanzioni comminate in caso d'inosservanza delle prescrizioni imposte con l'autorizzazione allo scarico, l'applicazione di misure interdittive di natura amministrativa⁷⁸; e dall'altro l'introduzione, nel corpo del d.lgs. n. 231/01, dell'art. 25 *septies*, che inserisce, nella lista di fattispecie in presenza delle quali scatti la responsabilità amministrativa dell'ente, anche il caso di «Omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro». Con tale no-

priorità della ricerca in tema di prevenzione dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori». Ai fini dello svolgimento di tali funzioni, «le parti sociali sono consultate preventivamente. Sull'attuazione delle azioni intraprese è effettuata una verifica con cadenza almeno annuale». Ugualmente presso il Ministero del lavoro e della previdenza sociale è istituita una Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro (art. 6), composto da dieci rappresentanti di governo, dieci rappresentanti delle regioni e provincie autonome di Trento e Bolzano, dieci esperti delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dieci esperti delle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro. L'art. 8 istituisce il '*Sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro*' (Sinp). Sono inoltre previste ulteriori funzioni dedicate alla prevenzione entro istituzioni pubbliche già esistenti, assieme alla definizione dei poteri e delle funzioni promotrici di Commissione e Comitato.

⁷⁷ Nei confronti della quale l'attuale «codice dell'ambiente» presenta notevoli elementi di continuità, vedi F. SAIJA, *Le sanzioni amministrative nel codice dell'ambiente: profili sistematici e riflessioni critiche*, in RGA, 1/2009, 52.

⁷⁸ Il tale modo, accanto alle sanzioni amministrative pecuniarie, spesso troppo poco afflittive per garantire un'adeguata effettività delle norme alle quali sono preposte, si prevedono misure capaci di influenzare l'attività economica dell'ente in maniera maggiormente incisiva.

vella⁷⁹ il legislatore ha provveduto a colmare un vuoto storico della normativa sulla responsabilità amministrativa da reato, chiudendo al tempo stesso il cerchio della ripartizione collettiva dei rischi, evitando che essi possano gravare esclusivamente sui lavoratori o (assumendo il carattere di un semplice costo di produzione) su singole persone fisiche calate all'interno della struttura organizzativa dell'ente. La responsabilizzazione dello stesso ente collettivo consente un suo fattivo coinvolgimento entro le procedure di *risk management*, assicurato dalla funzione essenzialmente «esimente» svolta dalla redazione di *compliance programs*, prevista ai sensi degli artt. 6 e 7 del decreto. Sotto un secondo profilo, è possibile rilevare come la tutela penale apprestata si strutturi, principalmente, su illeciti di natura anticipata, con ampio ricorso al modello ingiunzionale, come nel caso della contravvenzione descritta dall'art. 112 comma 4 del codice del consumo o degli illeciti previsti dall'art. 55 d.lgs. n. 81/08.

La regolamentazione fissata per lo svolgimento di molte attività umane, infine, procede mediante la fissazione di numerosi valori soglia che delimitano l'area del rischio lecito⁸⁰.

7. *L'autonomia residuale della tutela penale d'evento, tra fattispecie dedicate e «colpa di ritorno»*

Dall'analisi di alcune discipline di recente introdotte in ambiti qualificati da incertezza scientifica e di rischio da ignoto tecnologico, è possibile cogliere un *trait d'union*, un filo rosso. Nella consapevolezza degli ostacoli, spesso insormontabili, che si pongono in fase di accertamento dei reati d'evento, in primo luogo per quanto concerne l'accertamento del nesso eziologico, ed in vista della indeterminabilità, a priori, delle proporzioni dell'evento lesivo temuto (spesso irreversibile⁸¹ in ragione della propria estensione e complessità), il legislatore ha optato per l'anticipazione della tutela penale, al fine di colpire, efficientemente, le condotte prodromiche rispetto alla realizzazione del danno⁸². La scelta della tutela anticipata, riflettente in sé la valorizzazione del principio di precauzione, ha peraltro indotto parte della dottrina ad ipotizzare una autentica *trascuratezza* del legislatore, tale da determinare un'ulteriore perdita di efficacia

⁷⁹ Inizialmente realizzata con l'art. 9 l. n. 123/07, e quindi modificata ad opera del d.lgs. n. 81/08.

⁸⁰ Si pensi, nell'area del d.lgs. n. 81/08, alla disciplina fissata per l'esposizione del lavoratore al rumore (art. 189); o a quanto previsto circa l'esposizione a campi elettromagnetici (art. 208, il quale rimanda ad un apposito allegato), od agli agenti biologici (art. 268).

⁸¹ O reversibile mediante la spesa di enormi costi sociali.

⁸² Tale tenenza emerge in maniera quanto mai evidente dal corpo del d.lgs. n. 152/2006, «codice dell'ambiente».

della tutela penale *ex post*⁸³. Sotto questo profilo, è stata criticato il difetto di previsione di fattispecie di danno o di pericolo aventi la funzione di norme di chiusura e poste in tutela diretta dei beni giuridici aggrediti, al fine di contrastare condotte connotate da un elevato grado di offensività. La predetta esigenza di difesa sociale non è sfuggita alla giurisprudenza, che ha proceduto, all'uopo, al riadattamento di preesistenti norme penali codicistiche al fine di estendere il loro ambito di copertura oltre i confini tradizionali, come è avvenuto nel caso della fattispecie di disastro inominato (art. 434 c.p.) reinventata al fine di ricomprendere il cosiddetto «disastro ambientale»⁸⁴, o del reato di getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.), nel quale è stata recentemente ricondotta l'ipotesi delle emissioni elettromagnetiche⁸⁵. I limiti di tali tentativi di *flessibilizzazione* delle fattispecie penali di evento sono dati in primo luogo dal marcato contrasto con il principio di legalità.

In assenza di forme di tutela ancorate alle dimensioni del danno, occorre interrogarsi sulla rilevanza che può essere assunta dall'attuale ingente conversione del precauzionismo in regole comportamentali di varia natura, in relazione al giudizio di colpa in relazione alla produzione di eventi dannosi. Sulla possibilità che dall'enunciazione del principio di precauzione a livello comunitario o nazionale possano farsi discendere regole cautelari rilevanti ai fini di un rimprovero colposo si è già detto: il deficit di contenuti della regola che così si verrebbe a determinare non appare compatibile con l'istituto della colpa.

Una considerazione a parte merita l'interrogativo circa la rilevanza ai fini dell'indagine sulla colpa (specifica) della consistente opera di proceduralizzazione della gestione del rischio realizzatasi sull'onda del prudenzialismo. Una volta accertata la sussistenza di un rapporto di causalità tra l'attività rischiosa ed un evento di danno, la violazione di una delle regole procedurali può giustificare l'addebito colposo del reato? Ad un primo esame la risposta sembra dovere essere positiva, dal momento che si verrebbe ad accertare sia il nesso eziologico sia l'esistenza di una norma cautelare, violata, posta dall'ordinamento proprio al fine di prevenire la concretizzazione del rischio. Anche in questo caso, pe-

⁸³ Vedi F. SAITTA, *Le sanzioni*, cit., 60.

⁸⁴ Vedi A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino 2005, 311; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica. I Reati di comune pericolo mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, 2008, 482. Particolarmente interessante risulta essere, poi, un recente disegno di legge delega approvato il 24 aprile 2007 dal Consiglio dei Ministri diretto ad introdurre fattispecie penali di danno all'ambiente, entro le quali rientrassero le ipotesi di inquinamento, danno e disastro ambientale. Vedi A. MANNA, V. PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, in *Dir. pen., proc.*, 2007, 1075; Vedi B. MUSCATIELLO, *Aspettando Godot*, *ivi*, 2007, 1521.

⁸⁵ Vedi Cass., Sez. III, n° 36845/2008.

rò, la norma identificata positivamente dall'ordinamento non è rivolta a contenere una specifica e determinata tipologia di evento lesivo, ma il rischio generico discendente dall'attività intrapresa (trattasi, cioè, di una regola a metà strada tra l'essere *cautelare* e *cautelativa*). La lontananza della regola violata dall'evento realizzatosi incide significativamente sulla funzionalità preventiva della norma, di modo che la sua previsione non può considerarsi direttamente finalizzata alla prevenzione di tale specifico esito lesivo. Al fine dell'affermazione di responsabilità per la causazione colposa dell'evento è pertanto necessario non solo verificare l'esistenza di un legame eziologico tra l'attività rischiosa (ad es., la commercializzazione di un farmaco) e l'esito lesivo, ma anche la rilevanza causale che, in tale vicenda, ha assunto la violazione della regola comportamentale. In altre parole, particolare attenzione deve essere dedicata all'accertamento dell'esistenza di un nesso di rischio tra regola violata ed esito lesivo⁸⁶. Solamente ove si dimostri che quest'ultima, ove osservata, avrebbe consentito di evitare l'evento lesivo⁸⁷, diverrà possibile evitare la deriva nel *versari in re illicita*, sempre in agguato in aree connotate da incertezza scientifica.

⁸⁶ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

⁸⁷ Come nel caso in cui il produttore di un farmaco non comunichi tempestivamente l'esito di recenti studi dai quali emerge la rischiosità del prodotto, tali da indurre, ove trasmessi all'autorità competente, ad una sospensione della sua distribuzione; o in quello in cui, qualora lo stesso produttore avesse ottemperato ai propri obblighi di continuo studio e ricerca sui possibili profili di rischio del prodotto, avrebbe potuto scoprire e quindi prevedere una determinata controindicazione potenzialmente letale.

LA PROBLEMATICAZIONE DELLA POSIZIONE DEI GRUPPI SOCIETARI NELLA DISCIPLINA DEL D.LGS. 231/2001

di Maurizio Riverditi

SOMMARIO: 1. La mancata espressa inclusione dei gruppi societari tra i destinatari del decreto 231/2001: profili problematici. – 2. Un primo indice sistematico a favore dell'estensione ai gruppi societari della disciplina del decreto 231/2001: la ricostruzione dell'«interesse di gruppo» quale elemento oggettivo di collegamento tra «reato» ed «ente». Premessa. – 2.1. La reciproca «non terzietà» delle società facenti parte del gruppo nell'impostazione accolta dalla giurisprudenza di merito... – 2.2. ... e le possibili torsioni sul terreno della ricostruzione dogmatica dell'illecito dell'ente e del principio di riserva di legge. – 3. La necessaria verifica, «in concreto», dei presupposti di ascrizione del reato alle società del «gruppo». – 4. La riferibilità del reato al «gruppo» nell'ottica della responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*: alla ricerca di un difficile bilanciamento d'interessi tra effettività dell'intervento punitivo ed effettività dell'organizzazione preventiva codificata nei *compliance programs*.

1. La mancata espressa inclusione dei gruppi societari tra i destinatari del decreto 231/2001: profili problematici

L'introduzione nel nostro ordinamento di un modello di responsabilità autonomo per i reati posti in essere nell'interesse dell'ente è giustamente apparsa ai più una vera e propria «rivoluzione copernicana» nel panorama e nell'immaginario penalistico¹ italiano.

Ma proprio a motivo dell'importanza e delle aspettative risposte in una simile dirompente riforma non può non destare stupore la mancata (espressa) menzione dei *gruppi di società*² tra i suoi destina-

¹ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 45.

² Per una riflessione di carattere generale sulla costante scarsa attenzione dedicata alla problematica dei «gruppi» cfr. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi: un difficile percorso*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Milano, 1996; MASUCCI, *Infedeltà patrimoniale e offesa al patrimonio nella disciplina dei gruppi di società*, Napoli, 2006, 427; MILITELLO, *Attività del gruppo e comportamenti illeciti: il gruppo come fattore criminogeno*,

ri³, tanto più se si considera che tale innovazione ambisce a superare – almeno nelle intenzioni del legislatore e nelle aspettative di buona parte della dottrina – le inefficienze palesate dal diritto penale nel rivolgersi alle diverse forme di criminalità economica e, più in generale, alle forme di reità riconducibili alla criminalità d'impresa, nel cui ambito il fenomeno dei «gruppi» riveste certamente un ruolo di primissimo piano, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo delle problematiche incontrate dallo strumento penale nel sondarne la struttura organizzativa in vista della persecuzione dei reati al suo interno (o suo tramite) posti in essere.

E la ragione di tale stupore appare ancor più giustificata se si considera l'importanza che le recenti riforme del diritto penale societario⁴ e del diritto societario *tout court* hanno dedicato alla disciplina dei «gruppi»⁵.

Di fronte alla presa d'atto di una simile lacuna, le soluzioni percorribili sono, necessariamente, due: arrendersi di fronte alla scelta (coscientemente?) effettuata dal legislatore, oppure tentare di scovare, tra le pieghe del decreto 231/2001, un aggancio interpretativo in grado di superarne (o, quantomeno) limitarne l'impatto sulle potenzialità operative della nuova disciplina.

in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 367 ss. Con riferimento all'«assenza» in questione cfr. SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 199. Tale previsione, invece, era contenuta nell'art. 23, comma 7 del Progetto di riforma del Codice penale redatto dalla Commissione presieduta dal Prof. C.F. Grosso, con cui si stabiliva che gli adempimenti delle persone in posizione di garanzia nell'ambito dei gruppi di società siano riferite anche a *chi dirige unitariamente una pluralità di società, associazioni o imprese, relativamente agli aspetti rientranti nell'ambito della direzione unitaria*. È interessante osservare che, nonostante tale lacuna, le *Linee guida* approvate dall'Abi nel febbraio 2004 (in <<http://www.abi.it/>>), prevedono comunque la realtà dei gruppi, pur demandando alle singole società ed alla capogruppo il compito di valutare l'opportunità di adottare i modelli organizzativi previsti dal decreto.

³ Per una esaustiva individuazione dei soggetti destinatari del decreto, vedi A. Rossi, *La responsabilità degli enti (d.lgs. 231/2001): i soggetti responsabili*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 179 ss.

⁴ Si osserva che «il punto di emersione di gran lunga più significativo (e non solo ai fini della disciplina penale, ma per l'intero assetto della regolamentazione giuridica dei gruppi) è rappresentato dalla clausola sui gruppi di società inserita all'interno della nuova fattispecie di infedeltà patrimoniale» (FOFFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche e riforma dei reati societari*, in «*Societas puniri potest*». *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003, 254, nota n. 19).

⁵ Si veda, ad esempio, il riferimento al *bilancio consolidato*, negli artt. 2621 e 2622 c.c., ovvero l'art. 2634 c.c., oppure, ancora, l'art. 136 legge bancaria. Sul punto, in senso critico, BARTOLOMUCCI, *Responsabilità delle persone giuridiche ex D.Lgs. 231/2001: notazioni critiche*, in *Le società* 2005, 567 e, in particolare, 664 s.; DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2005, 117; PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, in ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. I, XIII ed., a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, 858.

In favore del primo tipo di approccio potrebbe militare la consapevolezza che tale dimenticanza è (almeno in parte) temperata dal fatto che i *gruppi* sono formati da società giuridicamente autonome, ciascuna delle quali, quindi, è di per sé assoggettata al regime di applicabilità delle regole di responsabilità previste dal decreto.

D'altro canto, non è men vero che i «gruppi societari», complessivamente considerati, «sono retti da un unico indirizzo strategico, con livelli di autorità gerarchica e di influenze simili a quelli riscontrabili nelle aziende a struttura complessa», di talché la conseguenza della loro mancata inclusione tra i destinatari del nuovo modello di responsabilità potrebbe essere quella di «rendere non punibili e di sottrarre ai meccanismi sanzionatori le società capogruppo che in realtà dettano la regia delle azioni illecite attribuite ad una controllata»⁶. Ed una simile conclusione appare tanto più ingiustificata riguardo alle realtà multinazionali, rispetto alle quali il grado di autonomia «giuridica» formalmente assegnata a ciascuna società di cui quella si compone è non di rado fortemente condizionata dalla capogruppo o dai manager muniti di deleghe *global* per funzioni⁷.

Sospinti da quest'ultima preoccupazione, ma, al contempo, cercando di non cadere nelle insidie tese da uno sciagurato *horror vacui*, cercheremo di verificare, da un lato, se, e, eventualmente, in quale misura, la soluzione adottata dal legislatore nell'escludere dal campo di applicazione del decreto la figura dei gruppi societari si traduca nell'effettiva impossibilità di raggiungere questi ultimi (o le società che ne fanno parte) con le sanzioni previste dal decreto⁸; dall'altro, e di conseguenza, se, realmente, a fronte della situazione riscontrata, si avverta l'esigenza di una riforma finalizzata a modificare l'opzione in tal senso operata dal legislatore del 2001.

Peraltro, nel verificare la possibilità di rispondere in senso affermativo al quesito poc'anzi prospettato (escludendo dal novero dei «terzi» le società del gruppo e la *holding*), occorre tenere presente il pericolo, conseguente all'adozione di soluzioni eccessivamente generalizzanti, di imboccare una china pericolosa, sia in punto di *personalità dell'illecito* (quantomeno sotto il profilo del divieto di responsabilità per fatto altrui), sia per il possibile sospetto di aggiramento della scelta in senso negativo operata dall'art. 1, mediante un'operazione ermeneutica troppo disinvolta e, quindi, sospetta

⁶ BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., «*Societas punire potest*», cit., 63.

⁷ In questo senso, vedi CARNÀ, *Il modello di organizzazione, gestione e controllo nella gestione dei conflitti d'interesse delle aziende multinazionali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2008, 205.

⁸ Su questo argomento e sulle possibili soluzioni interpretative volte all'estensione del raggio di applicazione del decreto anche ai gruppi societari, diffusamente, vedi SANTORIello, *Gruppi di società e sistema sanzionatorio del d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2007, 41 ss.

di *analogia in malam partem*. Pericolo che, del resto, è stato ben evidenziato da chi, pur ad altro fine, ha osservato che «la compatibilità con l'interesse sociale dell'interesse di gruppo deve valutarsi in termini di razionalità e coerenza di una singola scelta, ancorché pregiudizievole per la società che la pone in essere, rispetto ad una politica economica generale di gruppo di medio e lungo termine, da cui ragionevolmente può derivare un vantaggio alla singola società, anche su piani economici differenti, anche in tempi diversi rispetto al momento dell'operazione ed anche secondo un parametro non rigidamente proporzionale, né necessariamente quantitativo»⁹.

2. *Un primo indice sistematico a favore dell'estensione ai gruppi societari della disciplina del decreto 231/2001: la ricostruzione dell'«interesse di gruppo» quale elemento oggettivo di collegamento tra «reato» ed «ente». Premessa*

L'articolo 5 del decreto individua il primo parametro di collegamento oggettivo tra reato (non impedito) ed ente nella circostanza che il primo sia stato realizzato nell'*interesse* o a *vantaggio* del secondo.

Tralasciando, in questa sede, di affrontare la discussa questione relativa al significato (oggettivo, piuttosto che soggettivo) dei concetti di *interesse* e *vantaggio* ivi menzionati, nonché della posizione di autonomia o dipendenza che gli stessi reciprocamente assumono¹⁰, preme qui richiamare l'attenzione sull'ultimo comma dell'articolo 5, con cui si precisa che, qualora il reo abbia agito «nell'interesse esclusivo proprio o di terzi», non può essere ravvisata alcuna responsabilità in capo all'ente.

Si tratta di una disposizione apparentemente «innocua», in quanto sembrerebbe una mera previsione «chiarificatrice» (in negativo) di quanto già esaustivamente affermato nel primo comma dell'articolo. Quest'impressione, del resto, è confortata dalla *Relazione governativa*, in cui si legge che «la norma stigmatizza il caso di “rottura” dello schema di immedesimazione organica; si riferisce cioè alle ipotesi in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all'ente perché non realizzato neppure in parte nell'interesse di questo»¹¹.

Nella prospettiva che qui interessa, peraltro, una simile (apparentemente superflua) precisazione potrebbe, in verità, assumere un ruolo im-

⁹ MONTALENTI, *Conflitto di interesse nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. Commerciale*, 1995, 731.

¹⁰ Su questi temi, per tutti, vedi PULITANÒ, *La responsabilità «da reato» degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.

¹¹ *Relazione*, cit., 35, ove pure si mette in evidenza che «ove risulti per tal via la manifesta estraneità della persona morale, il giudice non dovrà neanche verificare se la persona morale abbia per caso tratto un vantaggio (la previsione opera dunque in deroga al primo comma)».

portante se non si potessero considerare reciprocamente *terze* le società facenti parte dello stesso gruppo, di talché la commissione del reato posto in essere nell'interesse di una di esse potrebbe essere ascritto (*ex art. 5*) anche a carico delle altre (o, perlomeno, a carico della *holding*)¹².

A prescindere dalla condivisibilità e dalle implicazioni che un'opzione ermeneutica siffatta produrrebbe sul terreno dogmatico ed operativo, la stessa parrebbe trovare un primo ed immediato elemento di conforto nella panoramica penalistica nell'art. 2634 c.c.¹³, che, al fine di escludere l'ingiustizia del profitto perseguito dagli amministratori infedeli a danno della società amministrata, attribuisce specifica rilevanza al fatto che tale profitto sia perseguito a vantaggio della società collegata o del gruppo se, al contempo, esso sia *compensato da vantaggi, conseguiti o fondatamente prevedibili, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo*. In tal modo, dunque, la *logica di gruppo* conferisce «sostanza» all'interesse ad esso riferibile, tanto da assumere il significato di elemento liceizzante la condotta che ha causato nocumento ad una soltanto delle società del gruppo, quando quest'ultimo ne abbia tratto (quantomeno in chiave prospettica) vantaggio¹⁴. Soluzione che, in qualche modo, radica la propria ragion d'essere in quell'orientamento giurisprudenziale, di matrice civilistica, che da tempo riconosce che l'*interesse di gruppo* debba essere inteso come *interesse indiretto del singolo soggetto collettivo*¹⁵.

2.1. La reciproca «non terzietà» delle società facenti parte del gruppo nell'impostazione accolta dalla giurisprudenza di merito ...

La soluzione poc'anzi ipotizzata, che porta ad escludere la possibilità di considerare reciprocamente *terze* la società controllata e la controllante

¹² Tale possibilità interpretativa apre un varco d'ingresso ad una dinamica (e ad una problematica) ben nota nella realtà societaria, che il recente legislatore sembra aver completamente dimenticato. Per contro, si osserva, come «sarebbe banale spendere parole sul ruolo «da protagonisti» assunto dai gruppi nell'attuale economia: anche a riservare attenzione critica al disinvolto ricorso agli scenari di «globalizzazione», resta indiscutibile che le aggregazioni societarie hanno assunto un peso decisivo, che va ben oltre la dimensione puramente produttiva, di beni o servizi» (ALESSANDRI, *Parte generale*, in PEDRAZZI, ALESSANDRI, FOFFANI, SEMINARA, SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2000, 94).

¹³ Sull'argomento, per tutti, AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, in *Reati societari*, a cura di A. ROSSI, Torino, 2005, 400.

¹⁴ In verità, si evidenzia come l'interesse compensativo in grado di superare il conflitto di interessi sanzionato dall'art. 2634 c.c. possa essere traguardato non solo nell'ottica del gruppo, ma anche nell'ipotesi in cui una società sia semplicemente collegata ad un'altra, che esercita nei suoi confronti un'influenza notevole (AMATI, *Infedeltà patrimoniale*, cit., 423).

¹⁵ Cass. 29.9.1997, n. 9532; Id., 11.3.1996, n. 2001, in *Foro it.* 1996, I, 1222; Id., 3.2.1992, n. 1759; Id., 26.2.1990, n. 1439.

ha trovato un primo avvallo anche dalla giurisprudenza di merito¹⁶.

In particolare, nell'ambito del medesimo procedimento cautelare, il giudice per le indagini preliminari, prima, ed il Tribunale, in sede di riesame, poi, facendo leva sui rapporti intercorrenti tra controllata e controllante (riconosciuti dagli artt. 2497-ter e 2497 c.c.), nonché sull'interesse comunque nutrito dalla seconda rispetto alle attività della prima, hanno ravvisato la sussistenza di *gravi indizi di colpevolezza* in capo alla capogruppo per i reati posti in essere dalla controllata.

Al riguardo, è interessante rilevare come, nell'argomentare tale conclusione, abbia assunto significato «indiziante» fondamentale il ruolo ricoperto dall'esponente apicale della capogruppo nella realizzazione del reato: «l'attivarsi di soggetti che non fanno parte in alcun modo delle società controllate e che non hanno alcun ruolo nelle medesime ma solo nella società controllante o in altre società del gruppo, costituisce elemento sintomatico della finalizzazione dell'atto all'interesse dell'intero gruppo di società e, quindi, all'interesse di più società, non solo di quelle che direttamente hanno ottenuto l'aggiudicazione degli appalti ma anche delle controllanti nella prospettiva della partecipazione agli utili»¹⁷. Altro indizio «significativo» di una simile «cointeressenza» infragruppo è stato individuato nella disciplina dell'art. 2424-bis, comma 2, c.c., «secondo cui, ai fini della contabilizzazione, le partecipazioni in società controllate si intendono come immobilizzazioni e non come attivo circolante», a testimonianza «di come il legislatore riconosca rilevanza alla stabilità del rapporto tra le società legate dall'interesse di gruppo»¹⁸.

Il superamento delle (condivisibili) obiezioni circa l'eccessivo ampliamento della responsabilità che tale impostazione potrebbe determinare,

¹⁶ Trib. Milano, 20.9.2004, in <<http://www.rivista231.it/>>. Sull'argomento vedi PISTORELLI, *Brevi considerazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 11.

¹⁷ Trib. Milano, 20.12.2004, cit. I giudici hanno inoltre osservato che «la nozione di interesse del gruppo è ormai una nozione non di mero fatto ma accolta dal codice civile in alcune norme tra le quali quelle di cui all'art. 2497-ter e 2497 c.c., a conferma del rilievo giuridico di tale tipo di interesse e della necessità e possibilità di prenderlo in considerazione allorché le norme facciano riferimento alla nozione di interesse come nel caso dell'art. 5 d.lgs. 231/2001». A suffragio di tale conclusione, è stato altresì ricordato l'orientamento vigente in tema di revoca fallimentare, ex art. 64 L.F., dalla quale sarebbero esclusi «quegli atti (quali la remissione di debito, la cessione gratuita di crediti o la fideiussione) che, se compiuti nei confronti di un terzo, costituirebbero certamente liberalità, ma che, se compiuti dalla controllante a favore della controllata o comunque infragruppo, corrispondono a un interesse patrimoniale del disponente, di cui è titolare come parte del medesimo gruppo del beneficiario, così da farne venir meno il carattere di mero atto liberale, proprio in forza del riconoscimento della valenza giuridica di un simile interesse, l'«interesse di gruppo», appunto».

¹⁸ Trib. Milano, 20.12.2004, cit.

«finendo per coinvolgere ed esporre a gravissime sanzioni le capogruppo per reati che hanno avvantaggiato solo alcune delle controllate», è stato affidato al seguente «criterio selettivo»: «limite e misura del coinvolgimento della controllante è il criterio di imputazione del reato commesso dalla persona fisica, che implica la sussistenza di un rapporto qualificato tra l'agente e l'ente, nella specie la posizione apicale dell'amministratore della controllante da parte di chi ha commesso il reato da cui dipende l'"illecito amministrativo"»¹⁹.

In conclusione, dunque, si è ritenuto che l'esistenza di un siffatto rapporto qualificato tra controllante e controllata da un lato impedisce di considerarle in posizione di terzietà reciproca, e ciò in considerazione degli inevitabili riflessi che le condizioni di quest'ultima riverberano sulla posizione della controllante. Infatti – prosegue l'ordinanza – se si hanno elementi per ritenere che l'amministratore della controllante si ingerisca, non episodicamente, nella direzione operativa della controllata e che gli atti da lui compiuti sistematicamente in quest'ultima siano dovuti al rapporto di fatto che il soggetto instaura con la controllata, allora si deve concludere che egli svolga funzioni di amministratore di fatto di quest'ultima; dal che conseguirebbe la responsabilità della stessa controllata per i fatti compiuti dal soggetto apicale-amministratore-di fatto.

2.2. ... e le possibili torsioni sul terreno della ricostruzione dogmatica dell'illecito dell'ente e del principio di riserva di legge

Quella illustrata costituisce, invero, una soluzione che desta taluna perplessità, soprattutto per la sovrapposizione dei piani argomentativi che sembrano sorreggerla e che, forse, «provano troppo» e, comunque, più di quanto sia consentito dal divieto di *analogia in malam partem*²⁰.

A ben guardare, infatti, a prescindere dal singolo caso concreto, la possibilità di affermare la responsabilità della controllata per i fatti posti in essere dalla controllante dovrebbe risultare la conseguenza del convergere di due, distinte, condizioni: a) il fatto di reato deve essere realizzato

¹⁹ Trib. Milano, 20.12.2004, cit.

²⁰ Secondo una logica che sembra permeare di sé l'approccio giurisprudenziale al tema della rilevanza dell'interesse/vantaggio connesso all'appartenenza o colloquio di gruppo. Come è stato rilevato, infatti, «in ambito sanzionatorio – di natura penale o amministrativa – tale categoria è sempre volta *in malam partem* (salva l'eccezione, pure interpretata riduttivamente dalle prime applicazioni giurisprudenziali, di cui all'art. 2634 comma 3 codice civile a proposito del delitto di «Infedeltà patrimoniale»)» (SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, 8).

da un «apicale» della controllante, che, pertanto, rispetto alla controllata si comporterebbe come un *amministratore di fatto*; b) i rapporti economici tra controllante e controllata debbono essere disciplinati secondo gli schemi di cui agli artt. 2497-ter e 2497 c.c.

Entrambi tali requisiti, peraltro, anche se adeguatamente provati, non paiono, da soli, sufficienti a giustificare la conclusione prospettata.

Quanto al primo, occorre chiedersi se effettivamente sia possibile ritenere che l'amministratore di diritto della controllata mantiene – sempre e comunque – tale qualifica nel momento in cui realizza un comportamento criminoso nell'interesse (diretto ed immediato) della sola controllata: una simile conclusione, certamente ipotizzabile in astratto, necessita di attenta verifica in concreto, al fine di appurare se, realmente, egli non abbia agito *soltanto* «vestendo» uno dei due «abiti» a sua disposizione, quello dell'amministratore di fatto della controllata, o quello dell'amministratore di diritto della controllata.

Anche l'affermazione del secondo requisito, al di là delle teorizzazioni codicistiche, non può prescindere da un'attenta verifica, in concreto, circa le reali conseguenze del reato nell'ambito della dinamica di gruppo.

A tal riguardo, infatti, si possono immaginare (senza, peraltro, ricorrere ad ipotesi troppo fantasiose) situazioni in cui il reato esprima un disegno criminoso ordito ad esclusivo vantaggio della controllata, magari al fine di ostacolare una politica d'impresa, a questa sgradita, adottata dalla controllante; oppure, al fine impedire l'emersione di situazioni contabili sfavorevoli, ignote ai vertici (o ai soci) della controllante, ecc.

Ciò che si intende evidenziare è che ogni ragionamento presuntivo, effettuato in virtù della sola esistenza di un rapporto infragruppo, per quanto sorretto dalle scelte legislative attuate per il riconoscimento di tale realtà, oltre ad essere non condivisibile *in sé*, può, alla prova dei fatti, risultare un mero *escamotage* per aggirare lo scoglio dell'art. 1 del decreto.

In ogni caso, il ragionamento presuntivo, fondato sulla mera «logica di gruppo», sembra altresì porsi in contrasto con l'impostazione adottata, in via generale, per sanzionare la responsabilità degli enti. Abbandonando la via dell'identificazione tra i soggetti apicali e l'ente, il legislatore ha adottato un criterio di responsabilizzazione che ammette (seppure per mezzo di strettoie probatorie) la possibilità di distinguere ruoli e responsabilità della *societas* da quelli della persona fisica: questa soluzione verrebbe, di fatto, abbandonata per essere sostituita da un criterio di tipo presuntivo, nell'ipotesi in cui si sancisse l'immediata ed automatica traslazione di responsabilità dalla controllata alla controllante, e viceversa, in virtù della mera immedesimazione tra gli interessi di tali due società facenti parte del gruppo. Conclusione che appare tanto più criticabile, quanto più se ne evidenzia il carattere «discriminatorio», introducendo deroghe – in senso *peggiorativo* – alla disciplina generale operanti esclusivamente nei confronti delle società facenti parti di un *gruppo*.

3. *La necessaria verifica, «in concreto», dei presupposti di ascrizione del reato alle società del «gruppo»*

Se, dunque, di fatto, non possono considerarsi «terze», le une rispetto alle altre, le società facenti parte di un unico «gruppo», allo stesso tempo la verifica della sussistenza dei requisiti oggettivi sanciti dall'art. 5 deve necessariamente essere condotta in modo da garantire il rispetto dei principi di «personalità» disciplinati dal decreto. Più in generale, infatti, da un lato, non può essere trascurata la necessità di ricollegare la responsabilità all'effettiva sussistenza di un reale coinvolgimento del singolo ente nell'illecito contestato; dall'altro, non si può dimenticare che, come già rilevato, il legislatore ha ritenuto di non inserire la figura del «gruppo» tra i soggetti espressamente individuati come destinatari della disciplina in esame.

Salvo ammettere la possibilità di ricorrere ad interpretazioni palesemente in contrasto con il dato normativo, si deve, anzitutto, prendere atto che i fatti realizzati nell'interesse *esclusivo* del gruppo²¹ rimangono estranei alla sfera di applicazione del decreto: in tal caso, infatti, «non potrebbe darsi luogo a conseguenze sanzionatorie né nei confronti del gruppo nel suo insieme, né nei confronti delle singole unità societarie che lo compongono (compresa la stessa capogruppo), stante la riconosciuta autonomia dei rispettivi interessi»²².

Al di fuori di questa ipotesi, non potendosi ricorrere ad un approccio presuntivo, è evidente che la soluzione del quesito è affidato all'individuazione degli indici di «terzietà» della singola realtà societaria rispetto al reato posto in essere²³; requisiti che, il principio di riserva di legge operante in questa materia impone di ravvisare alla luce delle regole fissate dallo stesso decreto e, *in primis*, dall'art. 5.

Anzitutto, occorre verificare se *rispetto al singolo ente* si possa affermare che l'autore del reato posto in essere (eventualmente realizzato in concorso

²¹ Sul punto, nonostante l'intervento del recente legislatore del 2003, sono tutt'ora attuali le osservazioni con cui si evidenzia che «il fatto che la legislazione, allo stato, non riconosca il gruppo siccome soggetto unitario non consente e non legittima, pena l'ingenuità di un infondato sillogismo o di una fallace petizione di principio, l'idea che a tale aggregato non sia predicabile un interesse suo proprio. Postulare l'assenza di un interesse di gruppo, infatti, annichirebbe lo strumento e le finalità cui esso mira, cioè la possibilità di una ottimizzazione e di un razionale sfruttamento delle risorse economico-finanziarie delle diverse società» (BARBA, *Interesse di gruppo e qualificazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 1999, 11, 3095).

²² FOFANI, *Responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 255, ove si prospetta l'esempio del falso nel bilancio consolidato.

²³ Per un «doveroso richiamo alla prudenza nell'interpretazione delle disposizioni» del decreto «e nella possibilità di astrarne presunti principi generali in materia di gruppi societari», v. PISTORELLI, *Brevi osservazioni sull'interesse di gruppo quale criterio oggettivo di imputazione della responsabilità da reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, n. 1, 16.

con altri soggetti riconducibili ad altre società del gruppo²⁴) sia inquadrabile tra quelli espressamente individuati dall'art. 5, non essendo sufficiente che tale rapporto sussista rispetto ad *un'altra* società del gruppo²⁵.

Inoltre, è indispensabile che il reato possa dirsi realizzato *nell'interesse* del singolo ente di cui si afferma la responsabilità. Per l'accertamento di tale requisito, è stata opportunamente sottolineata la necessità di tenere conto delle diverse possibilità attraverso cui può concretizzarsi la coin-teressenza tra le varie società del gruppo: possono aversi, ad esempio, «qualificate partecipazioni nell'amministrazione» (cosiddetto *interlocking directorate*), nella forma della *concatenazione diretta* o *indiretta*; fenomeni di *dominio occulto*; *accordi negoziali*; *rapporti finanziari* tra i diversi enti; oppure ancora attraverso quelle forme di aggregazione del capitalismo avanzato note come «famiglie d'impresa» o «koisetsu» e «ai connessi fenomeni di *dipendenza dalle risorse*, in cui un ente per compiere la propria attività necessita di fatto delle risorse (beni o attività) fornitegli da un altro ente, ovvero dei fenomeni da *interdipendenza organizzativa*, in cui cioè le singole unità organizzative sono formalmente costituite in enti pur appartenendo di fatto a un processo più complesso di cui costituiscono singole unità in base ai principi dell'organizzazione funzionale o divisionale, e che quindi sono legate tra di loro da un nesso organizzativo rilevante ancorché non necessariamente formalizzato»²⁶.

Quanto al «contenuto» di tale interesse, si rileva che esso «può essere collegato a *finalità tributarie* e alla possibilità di ricorrere a *interposizioni* o a *intermediari* che consentano di ricavare un beneficio fiscale, oppure al potere autorizzativo o regolativo che certi enti possono avere sugli altri da un punto di vista amministrativo, oppure ai casi in cui *i diversi enti facciano parte di un medesimo oligopolio* di determinate attività o di determinate risorse da cui dipendono quelle dell'ente interessato»²⁷. A tal proposito, inoltre, al fine di scongiurare un eccessivo allargamento dell'ambito di responsabilità «*infragrappo*», conseguenza di un'applicazione troppo «disinvolta» dell'istituto del concorso di persone nel reato, si richiede che l'interesse previsto dalla disposizione si presenti come *diretta e concreta* conseguenza del reato²⁸, non considerandosi tale quello conseguente alla

²⁴ Cfr. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 118.

²⁵ Accertamento che, per le ragioni già evidenziate nel testo, potrà essere svolto tenendo conto anche delle concrete modalità di realizzazione del reato e delle «finalizzazioni» che ne hanno guidato la consumazione.

²⁶ BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 404 e s.

²⁷ BASSI, EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, cit., 405.

²⁸ Sulla necessità che l'interesse di cui all'art. 5 sia un interesse immediato, vedi VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, VINCIGUERRA, CERESA, GASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse* (D. Lgs. 231/2001), Padova, 2004, 23.

partecipazione agli utili della controllante; interesse che non solo viene considerato indiretto, ma anche eventuale e incerto²⁹.

In verità, questa puntualizzazione, certamente importante, deve pur tuttavia essere temperata con il carattere necessariamente prognostico del requisito in esame, giacché si potrà (normalmente) dire che il soggetto ha agito nell'interesse dell'ente anche quando, in concreto, i margini di concretizzazione si attestino su percentuali modeste, essendo solo sufficiente che ciò si presenti, in astratto ed *ex ante*, come razionalmente possibile.

A questo riguardo, peraltro, sembra necessaria un'ulteriore precisazione, che trae spunto dai diversi gradi di rilevanza accordati dall'ordinamento al cosiddetto *interesse compensativo* dall'art. art. 2497, comma 1, c.c., e dal già richiamato art. 2634, comma 3, c.c.

Nel primo caso, infatti, la responsabilità della società o degli enti, che agiscono in violazione dei principi di corretta gestione societaria nell'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di altre società del gruppo, è esclusa «quando il danno *risulta* mancante *alla luce del risultato complessivo* dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette» (art. 2497 c.c.). Nel secondo, il conflitto di interessi penalmente rilevante è escluso, per mancanza del requisito di ingiustizia del profitto della società collegata o del gruppo, se questo è «compensato da vantaggi conseguiti o *fondatamente prevedibili*, derivanti dal collegamento o dall'appartenenza al gruppo» (art. 2634 c.c.).

La norma civilistica, dunque, non si accontenta del carattere (soltanto) «fondatamente prevedibile» dell'interesse perseguito, ma richiede che tale interesse sia effettivamente riconducibile al risultato complessivo dell'attività di gruppo; di contro, il legislatore penale esclude la responsabilità per l'infedeltà patrimoniale ai danni della società anche allorquando, al momento del fatto, era «fondatamente» prevedibile che questa avrebbe comunque beneficiato dei vantaggi che esso avrebbe determinato per il *gruppo*.

Sono così individuabili due nozioni di *interesse di gruppo*: una più elastica, con raggio di applicazione comprensivo anche dei risultati *fondatamente prevedibili*, e l'altra più rigida, incentrata sull'effettivo raggiungimento del vantaggio, ovvero sulla verifica dell'annullamento del danno subito dalla società che beneficia del vantaggio del gruppo³⁰.

²⁹ Cfr. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di imprese*, Milano-Roma, 2006, 225.

³⁰ Cfr. Cass. civ. 11.3.1996, n. 2001, cit.: «quando l'atto viene posto in essere da una società «controllata», occorre considerare – da un lato – che essa opera sotto l'influenza dominante di un'altra società, che appunto per questo, è in grado di indirizzarne l'attività nel senso da essa voluto; dall'altro, che detta società, per il fatto di essere inserita in un'aggregazione più vasta creata per esigenze obbiettive di coordinamento e di razionalizzazione dell'attività imprenditrice, viene non di rado a conseguire dei vantaggi che la compensano dei pregiudizi eventualmente subiti per effetto di altre operazioni».

Questa seconda interpretazione, più cauta e selettiva, sembra meglio rispondere alle caratteristiche della materia in esame, rispetto alla quale il ricorso al concetto di *interesse di gruppo* funge da elemento potenzialmente espansivo del relativo ambito di applicazione. Letta con i parametri dell'art. 5, dunque, la nozione di *vantaggio compensativo* così enucleata consente di escludere che possa considerarsi *terza* la società il cui apicale abbia posto in essere un reato nell'interesse del gruppo, o di altra società a questo riconducibile, purché sia concretamente ed immediatamente percepibile la coerenza del reato con gli interessi della società della cui responsabilità si discute (da accertarsi in senso oggettivo, come in precedenza chiarito).

Su queste premesse, dunque, si apre la via alla possibile responsabilità concorsuale delle società facenti parte del gruppo: in particolare ciò potrà essere affermato nei casi in cui si accerti che la realizzazione dell'illecito si è concretamente snodata nell'ambito d'influenza organizzativa e/o gestionale di più persone giuridiche, le quali, dunque, contemporaneamente si trovavano nelle condizioni di impedirne la realizzazione mediante la corretta attuazione dei modelli organizzativi previsti dai menzionati artt. 6 e 7³¹.

4. *La riferibilità del reato al «gruppo» nell'ottica della responsabilità ex d.lgs. 231/2001: alla ricerca di un difficile bilanciamento d'interessi tra effettività dell'intervento punitivo ed effettività dell'organizzazione preventiva codificata nei compliance programs*

Le conclusioni che precedono consentono, dunque, di ritenere che, almeno entro il confine (incerto)³² tracciato dall'istituto del concorso di persone ex art. 110 c.p., il rapporto di reciproca «non terzietà» esistente, di fatto, tra le società del medesimo gruppo, consenta di contemplare anche tale realtà nell'ambito delle mire sanzionatorie del decreto 231/2001.

³¹ Questa conclusione sembra implicitamente esclusa da PECORELLA, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 84, ove si afferma che la responsabilità della controllata «non può sorgere per il fatto di un soggetto ad esso esterno – tale essendo l'amministratore della holding, in assenza di un riconoscimento legislativo dei fenomeni dei gruppi –». Questa possibile obiezione, peraltro, sembra poter essere superata mediante il già menzionato criterio interpretativo del riferimento al controllo ed alla gestione di fatto della società di cui alla lettera a) dell'articolo in commento.

³² Mettono giustamente in evidenza i pericoli che, anche in questa materia, deriveranno da un approccio eccessivamente disinvolto nella ricostruzione dell'istituto del concorso ex 110 c.p. (soprattutto in campo omissivo), PISTORELLI, *Brevi osservazioni*, cit., 16; SGUBBI, *Gruppo societario e responsabilità delle persone giuridiche ai sensi del D.Lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, 7 ss. (in part. pagina 9).

Giunti a questo punto, peraltro, v'è da chiedersi se un simile risultato interpretativo possa dirsi sufficiente, oppure se si debba auspicare un intervento del legislatore volto ad estendere a tutto campo ed esplicitamente la portata operativa ai «gruppi», superando, definitivamente, la lacuna da cui hanno preso le mosse le presenti riflessioni.

Per rispondere a questo interrogativo, pare inevitabile spostare l'attenzione sul terreno dei modelli organizzativi alla cui adozione è legata non solo gran parte della struttura dell'illecito dell'ente, ma anche, in definitiva, la *ratio essendi* delle aspettative di prevenzione generale e speciale perseguite dal decreto³³.

Ad oggi, infatti, si è visto che pur con le cautele poc'anzi ricordate, è ben possibile giungere all'affermazione della responsabilità per il reato non solo in capo alla società nell'ambito della cui attività esso è stato posto in essere, ma anche a carico di quell'altra società (eventualmente la capogruppo) rispetto alla quale si possa ravvisare l'esistenza del collegamento soggettivo ed oggettivo predicato dall'art. 5 del decreto.

Nell'ottica della costruzione e del funzionamento del modello organizzativo, ciò significa che il reato, per essere «traslato» a carico di più soggetti giuridici distinti, deve essere posto in essere violando i protocolli di gestione del rischio-reato da ciascuna di esse adottati e rispetto ai quali ciascuna possiede un effettivo potere di intervento, sia per quanto riguarda l'iniziale adozione effettiva del modello, sia, in fase operativa, nei successivi momenti di concreta attuazione ed aggiornamento di quest'ultimo. Tutti questi passaggi attraverso cui, in concreto, si snoda l'elaborazione e l'adozione del modello organizzativo presuppongono, peraltro, che la società interessata non solo sia in grado di individuare i fattori di rischio-reato potenzialmente presenti nel proprio «ciclo operativo», ma anche, contemporaneamente, che sia poi realmente in grado di intervenire su di essi, imponendo il rispetto di regole cautelari (i protocolli di cui si compone il modello) idonei ad eliminarli o, comunque, ridurli entro limiti accettabili.

Proprio quest'ultima considerazione, tuttavia, induce a far dubitare dell'opportunità d'inserire tra i destinatari del decreto non già (solo) le singole società di cui si compone il gruppo, ma, *tout court*, quest'ultimo, consentendo, quindi, di addivenire all'automatica estensione a questo (e, quindi, a tutte le società che vi fanno parte, piuttosto che, eventualmente, alla sola *holding*) dei reati posti in essere per il raggiungimento di un risultato che ritorni a vantaggio (quantomeno in via potenziale e prospettica) del «gruppo» complessivamente considerato.

³³ Su questi temi sia consentito rinviare a RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009, 331 ss.

Contro ad una simile soluzione, infatti, milita la presa d'atto che pur se il rischio-reato connesso all'interesse di gruppo sarebbe potenzialmente individuabile nell'ambito di ciascun modello organizzativo elaborato a livello di ogni singolo ente, ciò non sarebbe ancora sufficiente ad affermare che, automaticamente, ciascuna società (giuridicamente autonoma) o la capogruppo sia anche in grado d'intervenire sul controllo di tale rischio, giacché, semmai, ciascuna di esse sarebbe, tutt'al più, legittimata ad agire entro la propria sfera organizzativa, senza poter concretamente travalicare quella di competenza delle altre società di cui si compone il gruppo.

L'attuale assetto del decreto, che si discosta dalle regole dell'imputazione automatica, *par ricochet*, e segue una strategia di contrasto al «reato d'impresa» fondata sull'accertamento di un legame di responsabilità tra la singola realtà organizzativa ed il reato, sembra dunque presupporre la necessità di mantenere un'impostazione «individualizzante» e «soggettivizzata» di tale accertamento, insuscettibile di tollerare deroghe o semplificazioni, nemmeno a fronte delle peculiarità giuridiche ed economiche del gruppo societario. Forzando – oltre i limiti poc'anzi ricordati – i criteri di ascrizione del reato, infatti, non solo si eleverebbero imputazioni di responsabilità contrastanti con la struttura dell'illecito codificata nel decreto 231/2001, ma si correrebbe il rischio di sclerotizzare l'impianto normativo in esame, costringendo le società a dotarsi di modelli organizzativi necessariamente *ineffettivi*, giacché, a fronte dell'individuazione del rischio-reato, farebbe difetto la concreta possibilità d'intervento per la sua eliminazione (salva, ovviamente, l'ipotesi di essere di fronte ad una «finezza di gruppo»)³⁴.

Piuttosto, ci si potrebbe interrogare sull'opportunità di mutare l'impostazione di fondo in tal senso adottata dal legislatore del 2001 (di per sé contrassegnata da un elevato grado di complessità, non necessariamente compensato dai risultati perseguiti e perseguibili), spostando l'attenzione sulle virtualità positive ottenibili con l'anticipazione dell'intervento punitivo alla mera mancata adozione del modello organizzativo, da affiancare ad un autonomo sistema sanzionatorio mirato sulla successiva (eventuale) verifica del reato non impedito e costruito in chiave di responsabilizzazione automatica della società o del gruppo nel cui interesse tale reato è stato posto in essere³⁵.

³⁴ Sul punto cfr. SANTORIELLO, *Gruppi di società*, cit., 47, il quale pone altresì in evidenza che, al di fuori dell'ipotesi finzionistica richiamata, «ciò che pare mancare in capo alla *holding* ed a quanti la governano è proprio il dovere di impedire che le altre società presenti nel medesimo gruppo conformino la loro condotta ai dettami del diritto penale».

³⁵ Anche su tali considerazioni ci si permette di rinviare a RIVERDITI, *La responsabilità degli enti*, cit., 400.

SPUNTI PER UN'INDAGINE SULLA RESPONSABILITÀ
PENALE DELLA BANCA PER OMESSO IMPEDIMENTO
DI REATI DI NATURA PATRIMONIALE COMMESSI
PER VIA INFORMATICA

di Lucia Scopinaro

SOMMARIO: 1. Circolazione di dati economico-personali. Custodia della banca o del cliente. Reati ipotizzabili – 2. Posizione di garanzia extrapenale della banca nei confronti di interessi patrimoniali in ambiente non digitale. – 3. Inquadramento oggettivo della posizione di garanzia della banca nei confronti dei reati di accesso abusivo ex art. 615 *ter* c.p. e frode informatica. – 4. Cenni all'imputazione del fatto.

1. *Circolazione di dati economico-personali. Custodia della banca o del cliente. Reati ipotizzabili*

Conviene impostare l'indagine sulla posizione di garanzia della banca nei confronti del reato di stampo economico prendendo l'avvio dalla circolazione in rete di dati economico-personali che sta alle spalle dei più comuni servizi di *e-banking* (quali l'accesso al conto corrente, l'effettuazione di bonifici, il pagamento di bollette, la ricarica del telefono cellulare)¹. Si concentra così l'attenzione sul solo reato lesivo dell'interesse patrimoniale individuale del soggetto che ha titolo per ordinare alla banca il compimento dell'operazione in quanto proprietario (o avente diritto alla restituzione) di una quantità di denaro o valori economici depositati presso l'ente o altrimenti custoditi da esso e si delimita il campo rispetto alle due problematiche del concorso di reati e del concorso mediante omissione da parte del soggetto commerciale nel reato lesivo dell'interesse economico collettivo.

Se si guarda ad una semplice operazione di pagamento in rete si può immaginare, infatti, che sul tema più elementare si innestino problemi da

¹ Si tratta delle operazioni più elementari del correntista e dei servizi che più comunemente sono associati all'attività bancaria come definita dall'art. 10, primo comma, d.p.r. n. 385 del 1993; sulla definizione di attività bancaria, C. BRESCIA MORRA, MOREIRA, *L'impresa bancaria, L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, V, 11, Napoli, 2006, 1 ss.; A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, III ed., Milano, 2006, 63 ss.

risolvere in ordine all'eventuale coinvolgimento nel reato anche di soggetti terzi rispetto al delineato rapporto contrattuale: ad esempio, nel caso di pagamento delle tasse via Internet sono chiamati in causa anche i reati e gli illeciti amministrativi previsti in materia fiscale. La banca, d'altro canto, è polo per la segnalazione di operazioni illegali secondo la normativa antiriciclaggio (l. 197 del 1991)², nonché destinataria di un complesso di specifiche norme (si pensi, ad esempio, alle norme penali in materia di assegno, oltre alle norme penali bancarie) che possono chiamare in causa le tematiche del concorso di reati. In tutte queste ipotesi, nonché nel caso in cui si estenda il campo visivo anche a servizi più complessi come quelli finanziari o se si prende a considerare l'ente quale destinatario dello statuto penale delle società commerciali nonché, in ultimo, se si guarda al comportamento del soggetto via *Internet* in quanto operatore economico che agisce sul mercato, si profilano diversi complessi di norme che sollevano il problema della posizione di garanzia del soggetto nei confronti di interessi economici collettivi (con tutto ciò che questo comporta in tema di eventuale concorso apparente fra norme lesive di interessi anche o solo qualitativamente diversi nonché, nell'ambito della fattispecie concorsuale, fra obblighi giuridici posti a tutela di interessi diversi ma comportanti doveri di azione simili o parzialmente coincidenti).

Se si tiene fermo da una parte il complesso di regole minime definite dal legislatore in materia di *privacy* (d.lgs. n. 196 del 2003) e rilevato, d'altra parte, il moltiplicarsi di iniziative per la predisposizione di regole uniformi e piani di intervento provenienti dal mondo bancario³, stupisce che le norme del d.pr. n. 385 del 1993 (Tub) non siano ancora state aggiornate con una disciplina degli standard minimi di sicurezza imposti per la prestazione di servizi bancari informatici⁴. Infatti, proprio l'at-

² Sul nuovo ruolo assunto dalla banca in una prospettiva di «controllore» dei reati commessi dalla clientela, J.J. NORTON, G.A. WALKER, *Banks: fraud and crime*, II ed., Oxford-Hong Kong, 2000, 23 ss.

³ Vedi, in particolare, quanto disposto in materia di documento programmatico per la sicurezza dall'art. 34, primo comma, lett. g) d.lgs. n. 196 del 2003; al riguardo, L. CUOMO, R. ASSANTE, *La disciplina dei reati informatici*, Torino, 2007, 114 ss.; sulle modifiche introdotte ai principali contratti bancari dal d.lgs. n. 231 del 2007, P. CARRETTA *et al.*, *Crimine economico e computer forenser*, Forlì, 2008, 386 ss.; vedi anche, GARANTE PRIVACY, *Relazione 2008 – Protezione dei dati e nuove tecnologie nel mondo in trasformazione*, doc. n. 1628069, 121 ss., <<http://www.garanteprivacy.it>>; ABI LAB, <<http://www.abilab.it/>>; la disciplina approntata in materia di moneta elettronica dagli artt. 114 *bis* ss. Tub non attiene propriamente alla materia qui trattata poiché si tratta di attività non collegata alla raccolta del risparmio e che consiste nell'immediato trasferimento di un valore monetario, previa costituzione di apposita provvista presso l'ente trasferente (la banca o l'«IMEL»); vedi A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, cit., 30 ss.

⁴ Pare che il nostro Paese non sia il solo ad affrontare il problema relativo all'eventuale responsabilità penale degli enti creditizi per reati informatici, come documentato dal dibattito in corso presso le sedi istituzionali della Gran Bretagna: vedi HOUSE OF LORDS, SCIENCE AND TECHNOLOGY COMMITTEE, *4th report of session 2007-08, Personal*

tività interbancaria di trasferimento fondi è stata, nei lontani anni '70, la pioniera nell'accesso ad *Internet* dei servizi «commerciali»⁵ e proprio da un *computer* abilitato alla gestione del denaro è partita la prima frode informatica registrata in resoconti ufficiali di lingua inglese⁶.

Rispetto a quegli anni è aumentato il rischio di compimento di reati a sfondo patrimoniale per via informatica: quanto più il valore personale ed economico (la rappresentazione di elementi riservati dell'individuo e la capacità di attivazione di operazioni economiche) è svincolato dalla materia (la carta d'identità e la patente, la cassetta di sicurezza bancaria, la cassa della banca, l'assegno, la carta bancomat, la carta di credito) e messo in circolazione via *Internet* sotto forma digitale, tanto maggiore diventa la visibilità, la comunicabilità, la copiabilità di quel valore. L'aumento del rischio di compimento di reati lesivi del patrimonio individuale è da collegarsi inoltre alla crescente automazione della prestazione del servizio: il cliente della banca non è più abilitato solo al compimento di operazioni di mero accesso ma interagisce in prima persona con il sistema operativo bancario il quale esegue, talora anche contestualmente, l'operazione richiesta.

Si ipotizza quindi la posizione della banca quale concorrente mediante omissione nel reato lesivo del patrimonio individuale realizzato per via informatica, secondo quanto previsto dagli artt. 40, secondo comma e 110 c.p.

Va in secondo piano (e nella prospettiva di un'analisi di maggiore dettaglio) l'indagine sulle implicazioni nel reato del tipo di servizio prestato (ad esempio, le modalità o i tempi con i quali è eseguito, i tipi di controlli che esso implica, i soggetti coinvolti nell'erogazione del servizio); per comprendere le linee più generali del disvalore e della struttura del reato realizzato è, invece, importante guardare ai dati informatici coinvolti nel reato⁷. Sono chiamati in causa i dati direttamente rappresentativi del patrimonio del soggetto passivo (dati economici, custoditi dalla banca) e i dati personali del soggetto titolato a compiere le operazioni i quali, combinati insieme, permettono la disattivazione della misura di sicurezza ed il compimento conseguente dell'operazione economica (dati economico-personali, custoditi sia dalla banca, sia dal soggetto passivo). Nel momento in cui la misura di sicurezza è disattivata, l'utente che ha inserito i dati

Internet security: follow-up, London, 24 giugno 2008, §§ 19 ss., ove si sollecita il legislatore a prevedere espressamente una forma di responsabilità della banca per la «*internet fraud*».

⁵ *Ex plurimis*, A.D. CHANDLER, *La rivoluzione elettronica. I protagonisti della storia dell'elettronica e dell'informatica*, Milano, 2003, 204 ss., 312 ss.

⁶ D.B. PARKER, *Crime by computer*, New York, 1976, 34.

⁷ Cfr., per un'impostazione non dissimile nell'indagine sui reati informatici in generale, G.R. NEWMAN, R.V. CLARKE, *Superhighway Robbery. Preventing e-commerce crime*, Cullompton, 2003, 68 ss.

necessari «si autentica» sul sistema bancario: egli è riconosciuto dal sistema come il soggetto che ha diritto ad ordinare le operazioni economiche.

L'agente in possesso di un nome e cognome, codice fiscale, codice IBAN, nome utente e *password* (dati economico-personali) potrebbe essere in grado di accedere al sistema operativo della banca presso la quale il soggetto nominato ha un conto aperto e ordinare in nome di costui un bonifico (dati economici) presso una banca estera.

Per individuare il reato oggetto di concorso è preferibile distinguere a seconda che il reato avvenga su dati economico-personali che si trovano nella disponibilità attuale della banca al momento del compimento del fatto, oppure sui dati nella disponibilità dell'utente.

Nel primo caso il fatto di reato sarà realizzato sul sistema operativo bancario e consisterà nell'acquisizione di un profitto ingiusto ai danni di uno o più titolari di denaro o valori economici espressi in dati custoditi dal sistema.

Si può ipotizzare che l'agente, essendo già in possesso dei dati identificativi ed operativi economici del soggetto passivo, immetta tali dati nel sistema di sicurezza bancario ed ordini in questo modo il compimento di un'operazione economica a proprio favore ed a spese del soggetto passivo. I dati necessari all'accesso e al compimento dell'operazione potrebbero però anche essere acquisiti interagendo direttamente con il sistema bancario (ad esempio l'agente inserisce un programma nel sistema della banca che gli comunica i dati identificativi ed operativi economici dei titolari di servizi *on line* mentre tali dati vengono inviati dall'utente del servizio bancario al sistema)⁸. La condotta tenuta, in questo secondo caso, dovrebbe già assumere penale rilevanza, a prescindere dal fatto che l'agente usi contestualmente quegli stessi dati sul sistema per concretizzare il profitto⁹.

Si ha, perciò, una primo esempio di uso di dati altrui per ottenere l'accesso e conseguire il profitto e un secondo, di impossessamento di dati aventi un valore economico.

In entrambi i casi, se il reato è realizzato da un soggetto estraneo al sistema oppure comunque non abilitato a compiere operazioni in quel

⁸ In questo secondo caso, i dati, già aventi valore in sé, potranno essere impiegati successivamente a proprio profitto sempre sfruttando il servizio bancario oppure potranno essere utilizzati, in combinazione con altri dati, su siti di *e-commerce* per compiere acquisti a spese del soggetto passivo oppure potranno essere venduti o usati per ricattare il soggetto passivo (o la banca).

⁹ I dati di cui si parla hanno, infatti, un preciso valore in sé, come dimostra il fatto che siano vendibili via *Internet* o che siano usati a scopo di estorsione: v. la *sec. 55 del Data Protection Act 1998* inglese che prevede come reato la vendita di dati personali illecitamente acquisiti; per un commento di tale disposizione, P. CAREY, *Data protection, A practical guide to UK and EU law*, II ed., Oxford, 2004, 188 ss.; sull'estorsione via *Internet* tramite minaccia di diffusione di dati, P. GRABOSKY *et al.*, *Electronic Theft. Unlawful acquisition in cyberspace*, Australian Institute of Criminology, 2001, 36 ss.

settore del sistema¹⁰ si avrà la realizzazione del delitto di accesso abusivo al sistema informatico o telematico previsto dall'art. 615 *ter* c.p. (con o senza il concorso dell'art. 615 *quater* c.p.). Inoltre, nel primo caso, in cui l'agente si procura direttamente un profitto economico (ad esempio, il pagamento di una bolletta¹¹), sarà integrato anche l'evento tipico della frode informatica, essendo in precedenza compiuta la condotta tipica del medesimo delitto consistente nell'intervento senza diritto su dati, informazioni, o programmi. Nell'altro caso, a seconda dell'impostazione assunta dalla giurisprudenza, si avrà la punizione dell'impossessamento dei dati (cioè della duplicazione di essi) a titolo di mero accesso abusivo¹² oppure a titolo di accesso abusivo in concorso con la frode informatica (delitto quest'ultimo che sarebbe più corretto configurare nella forma tentata, data la mancata realizzazione del profitto economico)¹³.

Se il delitto fosse commesso da un soggetto interno alla banca (ad esempio, un dipendente), esclusa nella specie la disponibilità in termini di «possesso» penalmente rilevante del denaro oggetto di appropriazione¹⁴, il dipendente bancario dovrebbe rispondere allo stesso titolo del soggetto esterno, salva l'eventuale applicazione dell'aggravante prevista dal secondo comma n. 1) dell'art. 615 *ter* c.p. o dal secondo comma dell'art. 640 *ter* c.p. per il caso in cui il fatto sia commesso con «abuso della qualità di operatore di sistema»¹⁵.

¹⁰ In giurisprudenza, sull'identificazione del soggetto attivo del delitto di accesso abusivo *ex art.* 615 *ter* c.p. a seconda che il soggetto si intrometta nel sistema oppure si mantenga in esso, v. Cass. pen., sez. V., 29 maggio 2008, n. 26797, in *Guida dir.*, 2008, 38, 106; Cass. pen., sez. VI, 8 ottobre 2008, n. 39290, inedita; Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2008, n. 1727, in *Riv. pen.*, 2009, 467.

¹¹ Ad esempio l'agente che ha già un conto presso altra banca sul quale, in ipotesi, sono domiciliate le bollette, ordina un trasferimento di fondi dal conto del soggetto passivo al proprio conto corrente come bonifico e, tramite quel denaro, paga le bollette; sfruttando le automazioni è possibile anche che l'agente ordini la medesima operazione a carico di più conti correnti per cifre minime.

¹² In tal senso, Cass. pen., sez. V, 8 luglio 2008, n. 37322, in *Dir. giust.*, <<http://www.dirittoegiustizia.it>>, 2008.

¹³ In tal senso, Cass. pen., sez. II, 4 maggio 2006, n. 836, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 363.

¹⁴ Se sussistesse il possesso del denaro oggetto di appropriazione si dovrebbe ipotizzare l'applicazione del reato di appropriazione indebita o di peculato; tale eventualità si verifica, nel caso di soggetto non qualificato *ex artt.* 357 ss. c.p., quando l'agente non abbia la disponibilità autonoma del denaro sul quale la condotta è compiuta: si tratta, ad esempio, di un dipendente che svolge esclusivamente funzioni amministrative oppure di gestione e manutenzione della rete informatica; il concetto di possesso nel caso di delitto previsto dall'art. 646 c.p. non è, tuttavia, pacifico in giurisprudenza, vedi P. PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, I, *Delitti contro la persona e contro il patrimonio*, IV ed., Padova, 2006, 719 ss., 776 ss.; nel caso, invece, di soggetto qualificato, l'agente di cui si parla nel testo – di più difficile individuazione data la latitudine della formula impiegata dall'art. 314 c.p. – è colui che non ha «il possesso o comunque la disponibilità» del denaro oggetto di appropriazione, «per ragione del suo ufficio o servizio».

¹⁵ Ferma l'applicabilità di altre circostanze sulla cui verifica non ci si può qui soffermare; ad es., anche se la normale attività bancaria non è più attività di interesse pubblico

Non è da escludere, tuttavia, che il dipendente della banca che si appropria del denaro del cliente tramite il sistema informatico bancario possa rispondere a titolo di appropriazione indebita (anche in concorso con l'art. 615 *ter* c.p. o con gli artt. 615 *ter* e 615 *quater* c.p.), ravvisato nel caso concreto il possesso del denaro oggetto di condotta appropriativa; né, d'altra parte, è da escludere che il medesimo soggetto possa rispondere dei suddetti reati informatici con l'aggravante della qualifica di pubblico ufficiale oppure direttamente a titolo di peculato¹⁶ nel caso in cui compia il fatto appropriativo nel contesto di una delle attività bancarie che secondo le Sezioni Unite della Cassazione sono ancora caratterizzate da un immanente interesse pubblicistico¹⁷.

La disponibilità in termini informatici della banca sui dati oggetto di appropriazione (sia che essi rappresentino informazioni strumentali al compimento di operazioni economiche, sia che essi rappresentino direttamente denaro) si estende anche ai dati nel momento in cui essi sono inviati dal sistema operativo della banca ad altro sistema operativo finché la banca mantiene giuridicamente il controllo della sicurezza della trasmissione. Ad esempio, nel caso in cui la banca trasferisca il denaro del soggetto passivo ad un esercizio commerciale per il pagamento di un acquisto, il fatto dovrebbe considerarsi come commesso sul *server* o sul sistema bancario finché è la banca stessa, con propri operatori, che esegue la trasmissione oppure finché la stessa banca, seppure tramite operatori diversi, dichiara all'utente di assumere la responsabilità giuridica anche in termini di sicurezza informatica dell'operazione¹⁸. Anche in questi casi potrà porsi un problema di responsabilità omissiva della banca per il reato di accesso abusivo o di frode informatica commesso sul «nodo» della rete attraverso il quale transitano i dati.

Un secondo insieme di casi si distingue dai precedenti perché il reato non coinvolge direttamente i dati nella disponibilità del sistema operativo banca, bensì i dati nella disponibilità del soggetto passivo. Si tratta dei casi denominati nella cronaca di cosiddetto *phishing* in cui l'agente

ai fini degli artt. 357 ss. c.p., non sembra che si possa del tutto escludere che il «sistema informatico o telematico» della banca sia di «interesse pubblico» secondo quanto previsto dal terzo comma dell'art. 615 *ter* c.p. (sussistendo questa ipotesi l'accesso abusivo è aggravato e punito con la reclusione da 1 a 5 anni oppure da tre a otto anni nel caso di reato pluriaggravato).

¹⁶ Nel senso che è configurabile una situazione di possesso via Internet, Cass. pen., 5 novembre 2002, n. 37115, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 725.

¹⁷ V. Cass. pen., Sez. Un., 23 maggio 1987, n. 8342, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695; sull'applicabilità del peculato nel caso di condotta svolta per via informatica, Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 2008, n. 20326, in *Guida dir.*, 2008, 26, 99; cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2008, n. 31688, in *Cass. pen.*, 2009, 1007.

¹⁸ Nel caso, invece, in cui la banca si avvalga di un soggetto terzo, titolare di un suo proprio obbligo di sicurezza, per la trasmissione del denaro, dovrà valutarsi la eventuale scissione fra responsabilità giuridica e responsabilità derivante dalla disponibilità in concreto dei dati.

tramite *e-mail* oppure tramite pagina web o finestra cosiddetto *pop up* o simili, ottiene la comunicazione da parte del soggetto passivo dei dati necessari al compimento dell'operazione economica sul sito bancario. Può anche darsi che l'agente ottenga altrimenti dall'utente i dati necessari al compimento del reato, ad esempio, inserendo di nascosto un programma nel sistema operativo privato del soggetto passivo tramite il quale avviene la captazione (copia ed invio al soggetto agente) dei dati necessari all'attivazione del servizio bancario¹⁹.

Si tratta, nel primo caso, di una truffa ex art. 640 c.p. nella quale gli artifici e raggiri consistono nell'assunzione dell'apparenza di una comunicazione legittima da parte della banca che chiede l'invio di dati e di informazioni (la truffa, anche se riesce, è tentata ex art. 56 c.p., perché l'acquisizione di dati, seppure aventi valore economico, non integra ancora un «profitto» e correlativo «danno» economici a carico del soggetto passivo). Nel secondo caso, in cui l'agente non si avvale della cosiddetta cooperazione artificiosa del custode dei dati, si ha un'ipotesi di cosiddetto furto di dati, punibile, come già ricordato, sussistendo gli estremi dell'accesso abusivo al sistema informatico privato con il possibile concorso della frode informatica tentata (artt. 615 ter, 56 e 640 ter c.p.). Anche in questi casi il reato potrebbe essere posto in essere dal dipendente della società bancaria.

2. *Posizione di garanzia extrapenale della banca nei confronti di interessi patrimoniali in ambiente non digitale*

In ciascuna delle ipotesi formulate potrebbero sussistere gli estremi oggettivi per chiamare a rispondere la banca ex artt. 40/2 e 110 c.p. del reato realizzato: nel primo ordine di casi, per non avere protetto il proprio sistema e i dati in esso custoditi contro i reati indicati; nel secondo ordine di casi, per non avere protetto i dati capaci di attivare l'operazione economica gestita dal proprio sistema. Come si vedrà, tuttavia, la seconda ipotesi, nella quale la banca non ha la custodia diretta dei dati nel momento in cui il reato è compiuto, è di inquadramento meno agevole.

È chiamato in causa un interesse individuale di tipo patrimoniale (e, subordinatamente, personale, attinente alla riservatezza)²⁰ rispetto al quale la posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40, secondo comma, c.p. si delinea sia dal punto di vista materiale-sostanziale, sia dal punto di vista giuridico (ed in particolare a livello costituzionale e di legge ordinaria).

¹⁹ L'operazione è talvolta denominata «*pharming*»; cfr. F. CAJANI, G. COSTABILE, G. MAZZARACO, *Phishing e furto d'identità digitale, Indagini informatiche e sicurezza bancaria*, Milano, 2008, 37 ss.

²⁰ L'interesse della riservatezza individuale è chiamato in causa solo quando i dati personali dell'utente sono strumentali al compimento del reato.

La posizione di garanzia ha, innanzi tutto, un fondamento economico: connaturata all'essenza stessa dell'attività bancaria sul versante dell'accumulazione di depositi è l'obbligazione di custodire il denaro e di garantire sicurezza nella custodia, in vista della restituzione²¹. D'altra parte, sempre se si guarda alle fonti non formali (o non pacificamente inquadrabili nell'ambito delle fonti formali), la banca stessa in concomitanza con l'offerta del servizio assicura e «offre» sicurezza informatica nell'espletamento del servizio così assumendo implicitamente l'obbligazione di sicurezza e creando affidamento nell'adempimento di essa.

In ossequio al principio di legalità non si può prescindere, tuttavia, dall'identificazione della fonte formale avente il rango di legge ordinaria dell'obbligo di garanzia. Ciò vale anche se si considera che la descritta assunzione volontaria dell'obbligazione (quand'anche fosse qualificata quale fonte contrattuale) non solo è fonte della posizione di garanzia nel reato omissivo improprio particolarmente controversa in dottrina²² ma, soprattutto, potrebbe non essere idonea assunzione di posizione di garanzia nel caso di specie. Si tratta qui, infatti, di obbligazione assunta non nei confronti di un soggetto determinato ma nell'ambito di un'attività d'impresa esercitata nei confronti del pubblico²³; inoltre, l'obbligazione di sicurezza pare assunta effettivamente solo in minima parte, date le condizioni di esclusione della propria responsabilità che ciascuna banca fa seguire alle «dichiarazioni d'intenti» formulate nelle prime pagine del sito (tendenzialmente fondate sull'esistenza di un obbligo di custodia anche informatica dei dati a carico del contraente-cliente equiparabile a quello che fa capo alla banca).

I beni patrimoniali-personali qui coinvolti assumono, innanzi tutto, rilievo costituzionale in quanto inquadrati nel contesto della tutela del risparmio quale interesse economico collettivo, secondo quanto disposto dagli artt. 41 e 47 cost. La tutela del risparmio, cioè la tutela dell'interesse patrimoniale individuale affidato dal pubblico alla banca, prevale secondo la Costituzione sulla tutela dell'interesse economico della banca come attività d'impresa (l'utile della s.p.a.): secondo quanto previsto dall'art. 47/1 Cost., infatti, la Repubblica non solo «tutela» ma «incoraggia» il risparmio privato; ex art. 41/2 Cost. l'iniziativa economica privata «non può

²¹ Uno dei motivi per cui nasce originariamente l'impresa bancaria è proprio quello dell'ingenerato affidamento nel pubblico non solo sulla maggiore capacità imprenditoriale e di investimento del denaro ma, prima di tutto, di custodia contro il furto, cioè di messa in sicurezza del denaro; lo sottolinea B. GEVA, *Bank collections and payment transactions, A comparative legal analysis*, Oxford, 2001, 61.

²² Vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Padova, 2007, 155 ss., 161 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, V ed., Bologna, 2007, 597 ss., 604 ss.

²³ Dovrebbe, perciò, in prima battuta porsi il problema dell'inquadramento della posizione di garanzia nei confronti del reato lesivo dell'interesse collettivo.

svolgersi in contrasto con l'utilità sociale»; ex art. 41/3 Cost. «la legge determina [...] i controlli opportuni perché l'attività economica [...] privata possa essere indirizzata a fini sociali». La banca, per quanto costituita nella forma della società per azioni e svolgente attività privata d'impresa, è ente che esercita l'attività di «raccolta del risparmio» (vedi l'art. 10 Tub), soggetto al controllo pubblico della Banca d'Italia, autorità indipendente, e destinatario di apposita legge che ne disciplina il funzionamento come S.p.A. compatibilmente con le finalità pubbliche dei controlli.

Dalla legge ordinaria sono delineati i contorni della posizione di garanzia rispetto alla singola fattispecie nella quale è chiamata in causa la protezione dell'interesse individuale. Viene in gioco in modo prioritario il dovere di custodia dell'ente, sia per quanto riguarda la posizione di garante che deriva dalla disponibilità fisica del denaro e degli altri valori economici da proteggere, sia per quanto riguarda l'intima strumentalità di tale dovere all'adempimento dell'obbligazione contrattuale di restituzione del denaro medesimo. È prevista, infatti, dal codice civile la posizione di garanzia in relazione alle cose in custodia delle quali la banca ha la disponibilità ex art. 2051 c.c.; la medesima obbligazione di custodia deriva anche dal contratto tipico di deposito irregolare (art. 1782 c.c.) o dalle eventuali varianti atipiche apposte a tale contratto²⁴.

Secondo la giurisprudenza civile, la posizione di garanzia opera a favore del titolare del denaro o degli altri valori che sono stati oggetto di furto o rapina mentre custoditi dalla banca nei casi in cui la banca non abbia adempiuto al dovere di sorveglianza dei propri locali che comporta la predisposizione di più di una delle misure di sicurezza idonee (guardie giurate, porte girevoli con *metal detector*, sistema interno di videosorveglianza). Nel caso di rapina, l'obbligo di sicurezza si rafforza perché è coinvolto anche il bene personale dei soggetti presenti nei locali²⁵. Nei

²⁴ Sulla funzione di custodia a favore del cliente alla base dei contratti di deposito bancario e in conto corrente, F. GALGANO, *Diritto privato*, XIV ed., Padova, 2008, 602 ss.

²⁵ Sul dovere della banca di sorveglianza dei propri locali, Cass. civ., sez. III, 27 maggio 2005, n. 11275; Cass. civ., sez. I, 25 luglio 1994, n. 6934, Fasoli c. Cassa di risparmio di Padova e Rovigo, in *Foro it.*, 1994, I, 2676; v. anche Cass. civ., sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3350, in *Dir. giust.*, <<http://www.dirittoegiustizia.it>>, 20 febbraio 2009; in particolare, secondo Trib. Vibo Valentia, 09 luglio 2001, Maccarone c. Cassa risp. Calabria e altro, in *Danno e resp.*, 2001, 970, la giustificazione sostanziale della posizione di garanzia in capo alla banca è da ricercare nel principio secondo il quale «in tema di responsabilità civile il danno deve essere sopportato da chi ha la possibilità di prevenirlo efficacemente»; in un caso di rapina nei locali della banca, nel senso che se una delle misure di sicurezza viene abolita essa non può essere rimpiazzata dalle altre misure già in atto ma deve essere sostituita con altra misura cautelativa, Pret. Milano, 5 luglio 1989, Baldinotti c. Banca naz. Lavoro, in *Not. giur. lav.*, 1989, 658; cfr. Cass. civ., sez. III, 14 aprile 1983, n. 2619, Cefaloni c. Banca popolare di credito, in *Giur. it.*, 1985, I, 528; C. app. Genova, 21 febbraio 1980, Paganini c. Credito italiano, in *Banca borsa tit. cred.*, 1980, II, 465.

limiti in cui la banca conservi il «potere fisico» sulle cose oggetto di custodia, la posizione di garanzia si estende anche al trasporto²⁶.

La banca garantisce la sicurezza dei valori custoditi e del denaro oggetto di deposito anche nei confronti dei dipendenti: secondo la giurisprudenza, si configura a favore della banca una posizione di garanzia nei confronti del proprio patrimonio che giustifica, in forza del potere disciplinare conseguente al rapporto di lavoro alle dipendenze dell'imprenditore (artt. 2082 ss. c.c.), il controllo a carico dei dipendenti anche tramite «vigilanza occulta»²⁷; d'altro canto, la banca risponde del fatto del dipendente che si appropri illecitamente del denaro della clientela secondo quanto disposto dagli artt. 1227 e 1228 c.c.²⁸

Si configura in base al diritto civile una seconda posizione di garanzia nei confronti dell'interesse patrimoniale del cliente della banca *sub specie* del generale dovere di buona fede nell'adempimento del contratto (artt. 1175, 1176, 1375 c.c.) e che consiste nell'obbligo di adempiere con la diligenza del mandatario ex art. 1710/1 c.c. all'ordine del cliente di blocco della carta (o di altro titolo che abilita al prelievo o alla riscossione di denaro) nel caso di smarrimento o di furto. La banca contravviene all'obbligo e risponde dei danni, ad esempio, nel caso in cui, ricevuto l'ordine di blocco di una carta multifunzione, si limiti a bloccare la funzione di carta di credito e non quella di bancomat, con conseguente illecito prelievo di denaro a carico del titolare della carta²⁹. È chiaro che, se non riceve un tempestivo ordine di blocco, la banca non può rispondere dei danni conseguenti all'uso della carta di credito rubata (a meno che, naturalmente, l'uso della carta medesima non coinvolga un altro obbligo giuridico come quello, ad esempio, di identificazione).

Dai principi generali in materia di responsabilità extracontrattuale la giurisprudenza civile fa derivare due ulteriori posizioni di garanzia della banca che si differenziano, però, dalle precedenti perché sono poste anche o prevalentemente a tutela dell'interesse collettivo: esse si sostanziano, la prima, in un dovere di identificazione e la seconda, in un dovere di pubblicità. La prima posizione concerne direttamente l'interesse economico

²⁶ Cfr. Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1859, Soc. Eridania c. Ist. Centr. Banca pop. it., in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 415.

²⁷ Cass. civ., sez. lav., 14 luglio 2001, in *De jure-Giuffrè*, 2009.

²⁸ Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2001, n. 6756, in *De jure-Giuffrè*, 2009.

²⁹ Trib. Roma, sez. XIII, 20 marzo 2006, in *De jure-Giuffrè*, 2009; secondo la sentenza, l'obbligo di adempiere al contratto secondo buona fede comporta che «il debitore, nell'adempimento della propria obbligazione, non può limitarsi ad un generico e formalistico rispetto della *lex contractus*, ma ha l'obbligo di attivarsi, nei limiti di un apprezzabile sacrificio personale, affinché la propria prestazione riesca utile alla controparte»; «da tali principi, applicati ai rapporti aventi ad oggetto l'uso di mezzi elettronici di pagamento, discende l'obbligo dell'emittente e/o del gestore di tali mezzi di pagamento di garantire in primo luogo la sicurezza dell'utilizzatore, anche nel caso di furto o smarrimento».

individuale della parte contraente nonché l'interesse collettivo alla sicurezza in generale dei traffici; essa comporta l'obbligo della banca di identificare, nei limiti dell'ordinaria diligenza, il soggetto a favore del quale è compiuta una determinata operazione: secondo una recente pronuncia della Cassazione, risponde dei danni la banca che, contravvenendo all'obbligo di identificazione, abbia aperto un conto corrente ed emesso assegni a favore di un soggetto che si era presentato allo sportello spacciandosi per altro soggetto mediante esibizione della patente (non contraffatta) di costui ed indicazione del codice fiscale³⁰. La banca è tenuta all'adempimento degli oneri (minimi) di informazione strumentali all'adempimento dell'obbligo di identificazione, anche quando non si tratti di casi di cosiddetto furto di identità ma, ad esempio, per evitare di pagare titoli obbligazionari presentati all'incasso ma oggetto di sequestro da parte dell'autorità giudiziaria³¹.

La seconda posizione di garanzia di stampo extracontrattuale è configurata a presidio della sicurezza dei traffici nonché del generale dovere di prevenire danni a terzi; essa si configura nei casi nei quali la banca abbia subito il furto di documenti aventi valore economico e destinati al mercato dei traffici, come gli assegni circolari, e comporta l'obbligo di dare al fatto «adeguata pubblicità diretta alla generalità dei possibili prenditori onde prevenire al massimo il pericolo di inganni alla pubblica fede e tutelare i diritti di terzi»³².

3. *Inquadramento oggettivo della posizione di garanzia della banca nei confronti dei reati di accesso abusivo ex art. 615 ter c.p. e frode informatica*

Quella delineata è la posizione di garanzia che l'ordinamento configura in ambito extrapenale nei confronti della banca, per fatti lesivi del patrimonio individuale, in relazione agli scambi non realizzati per via digitale. Ai fini della responsabilità ex art. 40/2 c.p., appare troppo poco tassativo l'obbligo fondato sul solo generico principio del *neminem laedere*³³; si può

³⁰ Cass. civ., sez. III, 11 febbraio 2009, n. 3350, cit.

³¹ In tal senso, Cass. civ., sez. I, 15 aprile 1992, n. 4571, in *De jure-Giuffrè*, 2009.

³² Scatta, nel caso di omissione, la responsabilità risarcitoria della banca verso il prenditore; in tal senso, Cass. civ., sez. III, 18 febbraio 2000, n. 1859, cit.; Trib. Rimini, 23 febbraio 2006, in *Il merito*, 2007, 41; cfr., per un'affermazione del medesimo principio, non sussistente nel caso di specie, Cass. civ., sez. I, 25 settembre 2008, n. 24084, in *Dir. giust.*, <<http://www.dirittoegiustizia.it/>>, 4 ottobre 2008.

³³ Non si dubita, per esempio, che gli obblighi di pubblicità via *Internet* possano essere adempiuti molto più efficacemente, sfruttando le capacità dell'informatica in tema di raccolta di dati sotto forma di *data base* nonché di trasmissione e in generale messa in circolazione delle informazioni; non sembra, però, che possa inquadarsi quest'obbligo nell'ambito della cornice oggettiva indicata dagli artt. 40/2 e 110 c.p. in relazione all'offesa di un interesse patrimoniale di tipo individuale.

notare, invece, la preminenza in materia civile e la compiuta definizione dal punto di vista oggettivo (anche in termini di tutela di uno specifico interesse individuale) delle posizioni di garanzia legate all'obbligazione di custodia e a quella di mandato. È quindi da valutare la possibilità di una trasposizione di queste due posizioni di garanzia nell'ambito della componente oggettiva omissiva della fattispecie concorsuale, nei confronti della realizzazione del fatto per via informatica.

Con riguardo ai dati oggetto di custodia da parte della banca, nulla osta al radicamento dell'obbligo di impedimento dei reati previsti dagli artt. 615 *ter* e 640 *ter* c.p. nell'ambito della posizione di garanzia delineata dagli artt. 1782 e 2051 c.c. Si tratta della garanzia contro la lesione di un interesse individuale patrimoniale, centrata sull'impedimento di un evento di abusivo accesso a dati individuati (e, nel caso di accesso al sistema, anche contenuti entro un confine individuato) e prelievo di denaro facente capo ad un soggetto specifico, posta a carico del soggetto che ha il dovere di controllo ed il controllo fattuale sul bene da proteggere nonché il potere giuridico e fattuale di proteggere tale bene³⁴.

La legge in materia di *privacy* inoltre rafforza la posizione di garante della banca in questo caso poiché è da essa previsto uno specifico obbligo di impedimento del reato di accesso ai dati personali custoditi o controllati dall'ente creditizio in quanto titolare del trattamento dei dati medesimi.

Secondo l'art. 31 d.lgs. n. 196 del 2003, in relazione a tutti i «dati personali oggetto di trattamento» (cioè, *ex art.* 4 lett. b), «qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente o associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale») si pone a carico del titolare del trattamento (secondo la definizione fornita dall'art. 4 lett. f) l'obbligo di «adozione di idonee e preventive misure di sicurezza» che garantiscano che il trattamento dei dati avvenga «in modo da ridurre al minimo i rischi», fra l'altro, «di accesso non consentito o non conforme alle finalità della raccolta». L'adeguatezza del sistema informatico di sicurezza deve essere valutata «anche in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico», nonché «alla natura dei dati» e «alle specifiche caratteristiche del trattamento».

L'obbligo si estende *ex art.* 31, primo comma, della legge sia ai dati «custoditi», sia ai dati «controllati» dal titolare del trattamento, imponendo in questo ultimo caso l'adozione del medesimo standard di sicurezza anche a carico del titolare del trattamento che mantenga il controllo sul trasferimento dei dati a prescindere dalla proprietà dei *server* o dei sistemi operativi.

³⁴ Sui contorni oggettivi della posizione di garanzia penalmente rilevante, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 154 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 582 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, III ed., Torino, 2008, 271 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, II ed., Torino, 2007, 233 ss.

Se si confronta l'operazione digitale con quella che avviene nella realtà si nota, peraltro, un rafforzamento dell'obbligo di sicurezza della banca sui dati in proprio possesso perché i fatti che nella realtà erano qualificabili come truffe, nei quali l'agente si presentava alla banca con un documento identificativo rubato e richiedeva l'attivazione dell'operazione economica ai danni del titolare dell'«identità rubata», si presentano via *Internet* come comuni frodi informatiche, nelle quali è escluso ogni contatto visivo fra l'agente e l'impiegato dello sportello ed il dato identificativo rubato viene processato automaticamente. Gli obblighi di identificazione che devono essere messi in atto nel tradizionale contesto degli scambi si tramutano via *Internet* in obblighi di messa in sicurezza delle pagine del sito e dei settori del sistema contro i reati di frode informatica e accesso abusivo al sistema operativo.

Meno netta è la soluzione dei casi nei quali i dati che attivano l'operazione economica sono custoditi dal cliente che corrispondono ai casi nei quali, nella realtà, domina il dovere della banca di adempiere tempestivamente all'ordine di blocco della carta perduta o rubata e di diligenza nella custodia della carta e della *password* da parte del cliente.

Se si sposta l'attenzione sull'ambiente informatico, è vero che il cliente, come nella realtà, ha il dovere di custodia sulle informazioni economico-personali che si trovano nella sua disponibilità, anche se queste sono svincolate dal supporto materiale: se, ad esempio, le rivelasse a terzi, fornirebbe un contributo determinante, dal punto di vista oggettivo, alla realizzazione del reato. Fuori da questa ipotesi, tuttavia, nei confronti del dato economico-personale che lo riguarda, diminuisce rispetto al dato custodito nella materia il potere di protezione facente capo al cliente. Se il soggetto è fornito di una *password* e di un nome utente o di altre, magari più complesse, informazioni digitali capaci di attivare il processo di identificazione che ammette all'esecuzione delle operazioni, tali informazioni, una volta che sono state digitalizzate, gli possono essere sottratte via *Internet* di nascosto senza che sia imputabile al cliente la mancata o inadeguata predisposizione di un apparato di misure di protezione sul proprio sistema oppure sulle proprie trasmissioni³⁵.

Diminuisce inoltre la capacità impeditiva del reato della tempestiva informazione del cliente alla banca sulla perdita o sul furto dello strumento che abilita all'esecuzione delle operazioni poiché il cliente che abbia impiegato legittimamente i propri dati identificativi in una transazione commerciale il più delle volte ignora se quei dati sono stati surrettiziamente copiati durante la transazione o altrimenti durante qualunque al-

³⁵ Ad esempio, non pare che possa avere effetto deresponsabilizzante nei confronti della banca il fatto che l'utente non abbia effettuato una scansione del proprio sistema alla ricerca di programmi cosiddetti *spyware*; cfr. F. CAJANI, G. COSTABILE, G. MAZZARACO, *Phishing*, cit., 247.

tra esposizione «informatica» a rischio (via *Internet* non si ha la materiale sottrazione di un oggetto, come nella realtà). Inoltre, come si sa, molti dei dati che sono necessari per il compimento del reato lesivo del patrimonio via *Internet* sono comuni o comunque impiegabili per il compimento di diverse operazioni economiche (ad esempio, nome e cognome, tipo, numero e data di scadenza della carta di credito). A differenza della realtà, nella quale l'obbligo di informare la banca scatta quando il cliente rilevi la fisica perdita dello strumento materiale che gli è affidato (ad esempio, il bancomat) e l'adempimento dell'obbligo può incidere causalmente sul compimento del reato, via *Internet* il titolare dei dati e del denaro depositato si accorgerà il più delle volte dell'avvenuta illecita acquisizione delle proprie informazioni economico-personali nel momento in cui la banca gli comunica l'avvenuto addebito sul conto dell'operazione illegittima.

La stessa giurisprudenza civile sembra dar conto di ciò quando afferma che, ai fini dell'esonero dalla responsabilità per danni conseguenti al mancato tempestivo blocco delle funzioni bancomat in una carta multifunzione, la banca ha un onere di separata prova delle «concrete modalità di acquisizione del Pin da parte dell'ignoto utilizzatore abusivo» (per addossare a carico del titolare della carta l'inosservanza del dovere di diligenza nella custodia delle informazioni)³⁶.

Per queste ragioni, tenuto fermo il tradizionale dovere di custodia diligente in capo all'utente del servizio bancario dei dati incorporati in uno strumento materiale (nonché, naturalmente, l'obbligo di non rivelare le informazioni a terzi), nel caso di dati custoditi dal cliente ed oggetto di reati non basati sulla cooperazione artificiosa (artt. 615 *ter* e 640 *ter* c.p., in particolare), non si può più attribuire centralità all'efficacia impeditiva del reato dell'adempimento da parte della banca all'obbligo di bloccare l'esecuzione di operazioni su richiesta del cliente. Sarebbe qui opportuno un intervento del legislatore che imponesse esplicitamente alla banca l'obbligo di garantire, mediante criptatura e con costante aggiornamento della tecnica, la sicurezza dei dati anche mentre questi circolano nella rete nonché un'arricchimento delle informazioni obbligatorie al cliente in ordine alle operazioni compiute sul suo conto sia in termini di qualità, sia in termini di prontezza dell'informazione rispetto al compimento dell'operazione.

Per via interpretativa si potrebbe proporre un inquadramento dell'obbligo di criptatura dei dati idonei all'accesso alle operazioni economiche effettuate

³⁶ Infatti, precisa Trib. Roma, sez. XIII, 20 marzo 2006, cit., «il fatto noto che, dopo il furto, una tessera *Bancomat* venga indebitamente utilizzata, previa digitazione del Pin, non consente affatto di risalire ex art. 2727 c.c. al fatto ignorato che il suddetto codice segreto fosse custodito insieme alla carta. L'illecita acquisizione del Pin potrebbe essere avvenuta – ad es. – attraverso l'impiego di speciali *software* in grado di «leggere» le informazioni contenute nella banda magnetica apposta sulla tessera, oppure potrebbe essere stato carpito prima ancora del furto, in esito ad appostamenti o pedinamento della vittima prescelta».

dalla banca e affidati al cliente nell'ambito del medesimo obbligo di custodia dei propri dati da parte della banca, inteso tale obbligo come strumentale alla protezione dei dati sui quali grava la posizione di garanzia.

Non sempre idonea ad assumere rilievo penale appare, infine, la posizione di garanzia della banca nei confronti del *phishing* inquadrabile nell'ambito della truffa. È certo, in questo caso, che non si possa imporre al cliente il riconoscimento dell'inganno (quanto meno secondo quanto afferma la giurisprudenza maggioritaria in materia di riconoscibilità dell'errore nel caso del delitto previsto dall'art. 640 c.p.); d'altra parte, potrebbe forse incidere sulla responsabilità civile l'adempimento di un dovere di informazione della banca nei confronti dei propri clienti in ordine a messaggi truffaldini che utilizzano il suo nome ma, nel contesto del fatto concorsuale penalmente rilevante, non sembra che l'adempimento di questo obbligo possa assumere un'incidenza causale apprezzabile ai fini dell'imputazione personale del fatto; non si rinviene con immediatezza, peraltro, una norma che imponga alla banca di attivarsi in garanzia di questa posizione di interesse individuale³⁷. Considerazioni diverse si potrebbero invece svolgere nel caso in cui il *phisher* «si appoggiasse» direttamente al sistema operativo bancario per trasmettere *e-mail* all'apparenza «autentiche» oppure per dirottare l'utente su una pagina truffaldina.

4. *Cenni all'imputazione del fatto*

Per la tipologia di reati indicati la posizione di garanzia che attribuisce penale rilevanza alla condotta omissiva in sede concorsuale impone alla società bancaria l'adozione a livello preventivo di uno *standard* di sicurezza informatica già nel contesto della politica gestionale ed organizzativa e nello specifico ambito del modello di organizzazione e gestione imposto dalle norme in tema di responsabilità amministrativa dell'ente (sussiste, secondo l'art. 24 bis d.lgs. n. 231 del 2001 la responsabilità dell'ente per i reati qui menzionati). Non par dubbio che, ove la legge afferma che «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio» (art. 5, primo comma, d.lgs. 231 del 2001) si possa intendere per «reato» anche il reato realizzato in concorso con il contributo omissivo dell'amministratore o del soggetto non in posizione apicale. In presenza di un modello organizzativo per la sicurezza informatica idoneo ed efficace i limiti per la configurazione della responsabilità sono, però, particolarmente netti, se si pensa in particolare che, nel caso di imputazione

³⁷ Certamente, ad esempio, potrebbe incidere causalmente sull'impedimento del reato l'imposizione alla banca dell'obbligo di certificare tutte le comunicazioni che avvengano con i clienti.

del fatto a carico del soggetto che riveste posizione apicale, il reato deve essere stato commesso non «nell'interesse esclusivo proprio o di terzi» ex art. 5, secondo comma, d.lgs. n. 231 del 2001 e, inoltre, non «eludendo fraudolentemente» il modello di organizzazione e gestione ex art. 6/1 lett. c) della legge.

A prescindere dalla responsabilità amministrativa dell'ente, l'imputazione della responsabilità per la condotta omissiva di cui qui si parla deve avvenire in prima battuta a carico dei soggetti che hanno la responsabilità per la gestione della società: sono state analizzate, infatti, posizioni di garanzia strettamente connesse all'esercizio dell'attività bancaria le quali configurano responsabilità omissive per doveri di azione che attengono strettamente alle decisioni che sono prese nell'ambito della definizione della linea di gestione dell'ente nel complesso³⁸.

A differenza del contesto «personalistico» (ampiamente fondato su dati di «fatto»), nel quale tradizionalmente si inquadra l'analisi dogmatica della responsabilità omissiva, si configura in questo caso, nel quale sono chiamati in causa soggetti commerciali ed interessi economici, una fattispecie concorsuale, sul versante della condotta omissiva, di stampo normativo-fattuale. L'imputazione del fatto, già a livello oggettivo, non può prescindere, cioè, dall'individuazione delle norme che attribuiscono agli amministratori il potere gestionale e ne disciplinano l'esercizio³⁹.

Alcune considerazioni che di solito si svolgono nei confronti della responsabilità per omesso impedimento di un reato lesivo di interesse personale individuale possono essere rivalutate alla luce del peculiare contesto qui esaminato. Ad esempio, non sembra che in questo caso possa ritenersi la regola la mancanza di un potere di controllo in capo al garante sul verificarsi dell'evento (inteso tale evento come il compimento del reato da parte di un soggetto terzo): al contrario, è la legge stessa che presuppone l'esistenza di un substrato di fatto nel quale il potere di controllo concretamente sussiste (non importa qui, se sotto forma di protezione di beni o di controllo su fonti di pericolo).

³⁸ La giurisprudenza in materia di fattispecie concorsuale omissiva ex artt. 2392 e 2381 c.c. nelle banche è, però, alquanto scarsa; v. Trib. Milano, 16 aprile 1992, Annibaldi, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 1477; Trib. Milano, 24 agosto 1994, Annibaldi, in *Riv. pen. econ.*, 1996, 88; App. Milano, 22 aprile 1986, Novelli, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1060. A differenza di quanto previsto per gli amministratori di società commerciali, peraltro, all'amministratore della banca sono imposti particolari requisiti di onorabilità, sulla cui *ratio* vedi C. BRESCIA MORRA, U. MORERA, *L'impresa bancaria*, cit., 240.

³⁹ Per quanto riguarda le norme attributive della responsabilità della gestione, a seconda dei diversi modelli di amministrazione e controllo adottati ai sensi dell'art. 2380 c.c., v. (nel modello tradizionale) l'art. 2380 *bis*, primo comma, c.c. che fa riferimento «agli amministratori», (nel modello dualistico) l'art. 2409 *octies* c.c. che fa riferimento al «consiglio di gestione», (nel modello monistico) gli artt. 2409 *sexiesdecies* e 2409 *septiesdecies* c.c. che fanno riferimento al «consiglio di amministrazione».

Nella fattispecie così definita, considerato il contributo prestato dall'altro concorrente (o dagli altri), l'imputazione oggettiva del fatto avviene, secondo quanto previsto dall'art. 110 c.p. (e, in negativo, dall'art. 115 c.p.), sulla base del rilievo causale assunto in concreto dall'omissione nei confronti della realizzazione del reato.

I due reati individuati permettono di riproporre due questioni particolarmente dibattute nella dottrina: innanzi tutto, se si dovesse ritenere che la formulazione tipica dell'art. 40/2 c.p. esclude la possibilità di concorso mediante omissione nei reati di pura condotta, si porrebbero dubbi sulla possibilità di configurare la responsabilità nel caso di omesso impedimento del reato di accesso abusivo al sistema informatico, nel quale l'accesso pare debba definirsi come una pura condotta. In secondo luogo, l'impostazione seguita dalla dottrina maggioritaria secondo la quale nel caso di concorso mediante omissione l'obbligo impeditivo ha come oggetto l'intero reato potrebbe portare ad escludere il concorso omissivo in un caso come quello della frode informatica nel quale l'agente che omette di adottare la misura di sicurezza potrebbe fornire un contributo causale alla sola realizzazione della condotta di «intervento senza diritto su dati informazioni o programmi» o di parte di essa.

Sul versante oggettivo, il concorso di persone sussiste nel caso in cui l'omissione penalmente rilevante *ex art. 40/2 c.p.* abbia avuto efficienza causale nei confronti del reato commesso, alla stessa stregua della condotta attiva, sia quale contributo tipico o parzialmente tipico alla commissione del reato, sia quale contributo atipico e in particolare, sotto questo ultimo profilo, anche come mancato impedimento del reato commesso interamente da altri oppure quale contributo esclusivamente morale al reato commesso da altri. In forza di quanto previsto dall'art. 114 c.p. (nonché secondo quanto risulta dall'interpretazione del disposto combinato degli artt. 56 e 115 c.p.) il contributo concorsuale può essere dato anche nella fase di preparazione del reato.

Dovrà essere accertata l'efficienza causale in concreto esplicita dalla misura non adottata o adottata in modo insufficiente sul fatto di reato che integra il concorso di persone. Non importa la sussistenza di idoneità in astratto se la misura si rivela in concreto causalmente incidente sulla realizzazione del reato.

Ad esempio, potrebbe sussistere la responsabilità al livello oggettivo nel caso di adozione di alcune misure di sicurezza, come la criptatura ad alto livello tecnico delle pagine attraverso le quali sono trasmesse le informazioni, ma non di altre: seppure le pagine sono state criptate, si verifica una copiatura di dati con conseguente emissione di illeciti ordini di pagamento in conseguenza di un accesso al sistema operativo protetto da un solo sistema di sicurezza con *password* e nome utente. Esempi analoghi possono farsi nei casi più evidenti di mancata adozione di strumenti «materiali» per contenere i dati che attivano il procedimento informatico

di autenticazione, di comunicazione tardiva o incompleta da parte della banca delle informazioni circa le operazioni compiute sul conto, di criptatura della pagina con chiave semplice o poco aggiornata.

Individuato nel concreto, anche attraverso le norme che ne disciplinano l'attività e la responsabilità, il soggetto al quale si imputa oggettivamente l'omissione penalmente rilevante⁴⁰, nonché accertato il verificarsi del delitto doloso, anche tentato, lesivo del patrimonio individuale, il concorso nel reato sarà punibile a condizione che sia accertato in concreto anche l'elemento soggettivo consistente nel dolo (anche eventuale)⁴¹.

Tale elemento soggettivo deve sussistere sia nei confronti della condotta omissiva, sia nei confronti del fatto concorsuale. Deve essere accertata, cioè, sulla base di indici esteriori e secondo massime di esperienza, la rappresentazione della posizione di garanzia penalmente rilevante, nonché la rappresentazione e la volontà della condotta omissiva, intesa l'eventuale azione alternativa compiuta come uno degli elementi di fatto dai quali è possibile desumere la volontà colpevole⁴². Per l'imputazione della fattispecie concorsuale sarà necessario inoltre l'accertamento della rappresentazione e della volontà che la propria condotta contribuisca causalmente alla realizzazione di un fatto al quale contribuisce anche il comportamento di un altro soggetto.

Ad esempio, sussisterà il concorso nel reato di accesso abusivo a sistema informatico o telematico, con imputazione a titolo di dolo diretto o intenzionale, nel caso in cui l'amministratore, pur avendo adottato e curato l'efficace messa in opera e l'aggiornamento di un apparato di misure di sicurezza idonee in concreto ad impedire accessi abusivi al sistema informatico bancario, fornisca all'agente le istruzioni per accedere al sistema operativo bancario violando l'apparato di sicurezza. In questa ipotesi, se l'amministratore fornisse esclusivamente le *password* di accesso al sistema e l'agente, ottenuto l'accesso, procedesse oltre, superando altri sistemi di sicurezza, e si procurasse un profitto ingiusto con danno

⁴⁰ È qui coinvolta la soluzione della problematica, sulla quale qui non ci si può soffermare, relativa all'imputazione della responsabilità penale nel caso di fatto commesso dall'amministratore delegato, dall'amministratore di fatto, in conseguenza di una decisione assunta dal consiglio di amministrazione, da parte dell'amministratore della società controllata o della società capogruppo. Un problema diverso, invece, in quanto non relativo all'imputazione diretta del fatto omissivo concorsuale ma ad una eventuale responsabilità penale concorrente fondata su un autonomo obbligo di garanzia, è quello che concerne la responsabilità dei soggetti deputati ai controlli interni (ad esempio, i sindaci), dei soggetti deputati ai controlli esterni (ad esempio, la Banca d'Italia) nonché, infine, di tali ultimi soggetti e degli amministratori, per il fatto commesso in sede esecutiva.

⁴¹ Mancando una previsione espressa, non è punibile il concorso colposo nel delitto doloso.

⁴² Vedi in particolare, in tema di condotta omissiva ex art. 40, secondo comma, c.p., GROSSO, *Diritto penale sostanziale*, in C.F. GROSSO, G. NEPPI MODANA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Milano, 2002, 233.

a carico del titolare di un conto corrente gestito dal sistema operativo, potrebbe porsi il problema del concorso dell'amministratore a titolo di dolo eventuale anche nel reato di frode informatica.

Il dolo eventuale potrà sussistere, quale elemento soggettivo incentrato sulla mera rappresentazione del verificarsi dell'evento lesivo in termini di possibilità rilevante, sia nei confronti della condotta tenuta, sia nei confronti del reato realizzato o della componente del reato alla cui realizzazione la condotta dell'agente contribuisce causalmente.

Ad esempio, potrebbe configurarsi quale concorso con dolo eventuale il caso in cui l'amministratore bancario, pur avendo ricevuto la notizia che alcune banche estere hanno subito attacchi informatici ai quali sono conseguite duplicazioni di dati della clientela, non agisse per adeguare il proprio apparato di misure di sicurezza alle nuove tecniche di attacco e si verificasse un abusivo accesso al sistema operativo grazie all'impiego delle nuove tecniche.

In linea generale, a parte le questioni relative alla distribuzione delle responsabilità, ad esempio, fra amministratore di diritto e di fatto o fra delegante e delegato, concorrerà dolosamente (quanto meno) nel reato di accesso abusivo al sistema informatico l'amministratore bancario che non appronti un apparato di misure di sicurezza sufficientemente evoluto e nel concreto capace di impedire od ostacolare con alto grado di probabilità il verificarsi dell'accesso da parte di persone non autorizzate dalla banca a compierlo. Dato il ruolo ricoperto, infatti, con tutto ciò che esso comporta in termini di rappresentazione del tipo di dati custoditi, del tipo di operazioni compiute nonché delle leggi che disciplinano la propria attività, l'amministratore non può invocare a propria scusa l'ignoranza della posizione di garanzia nei confronti dei dati economici della clientela custoditi nel proprio sistema operativo, risolvendosi tale ignoranza in un errore sul precetto penale.

CONCORSO ESTERNO NEL REATO ASSOCIATIVO, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO

di Francesca Arrigoni

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il concorso esterno nel delitto associativo: un caso di «ordinario» concorso eventuale nel reato *ex art.* 110 c.p.? – 3. Il contributo dell'*extraneus* sul piano oggettivo. – 4. Il secondo termine della relazione eziologica. – 5. La rilevanza del contributo. – 5.1.1. La contiguità politico-affaristica. – 5.1.2. La figura del politico. – 5.1.3. Il pubblico amministratore. – 5.1.4. L'imprenditore. – 5.1.5. Il consulente finanziario. – 5.1.6. Il contributo rilevante nel settore della contiguità politico – affaristica. – 5.2. L'interferenza nella attività giudiziaria. – 5.2.1. Il contributo rilevante nell'ambito dell'interferenza in attività giudiziaria. – 5.3. Il patto di scambio politico-mafioso (voti contro favori). – 5.3.1. La posizione del politico. – 5.3.2. Il contributo rilevante nel settore del patto di scambio politico – mafioso. – 5.4. Gli «altri contributi». – 5.4.1. L'apporto rilevante nell'ambito degli «altri contributi». – 5.5. Una linea di tendenza unitaria in tema di contributo rilevante nella giurisprudenza *post* Mannino? – 6 La posizione dell'*extraneus* sotto il profilo soggettivo.

1. Introduzione

L'analisi della giurisprudenza della Cassazione *post* «Mannino¹» in tema di concorso esterno permette di individuare alcune, seppur provvisorie e, data la specifica connotazione dell'argomento, spesso parziali, linee di tendenza, che si andranno a sintetizzare nelle pagine seguenti. In particolare sono state selezionate le sentenze emesse dalla Suprema Corte in tema di concorso esterno a partire dal settembre 2005. Ciascuna di esse è stata catalogata con l'indicazione di una serie di dati ritenuti rilevanti. *In primis* l'area di classificazione (interferenza nell'attività giudiziaria; contiguità politico-affaristica, con ulteriore partizione tra imprenditore, politico, consulente finanziario; patto di scambio politico-mafioso; am-

¹ Cass., Sez. Un., 20 settembre 2005, n. 33748, Mannino, (con nota di G. BORRELLI), in *Cass. pen.*, 2005, III, 3732.

bito residuale degli «altri contributi»), quindi la ricostruzione della vicenda e la tipologia di pronuncia resa dalla Cassazione (con relativo *iter* processuale), infine ulteriori indicazioni significative contenute nella sentenza quali la ricostruzione del contributo, gli indici di rilevanza della condotta e il nesso di causalità, l'elemento soggettivo.

È parso utile distinguere i profili tendenzialmente condivisi da quelli maggiormente critici in tema di concorso esterno emersi nella giurisprudenza definita da una dottrina² della «terza fase» dell'associazione di stampo mafioso (inaugurata dalla sentenza Demitry³ e chiusa dalla pronuncia Carnevale)⁴ e in quella successiva, anche al fine di valutare come la pronuncia delle Sezioni Unite del 2005 si ponga rispetto ai *dicta* precedenti e se si possa ritenere che inauguri una nuova ipotetica fase in ordine al concorso esterno, per la novità dei criteri indicati dalla stessa ed eventualmente seguiti dalle pronunce successive.

2. *Il concorso esterno nel delitto associativo: un caso di «ordinario» concorso eventuale nel reato ex art. 110 c.p.?*

La sentenza «Mannino» afferma espressamente che il concorso esterno deve presentare i requisiti del concorso eventuale *ex art. 110 c.p.*

In particolare, infatti, si chiarisce come la funzione incriminatrice dell'articolo 110 c.p. permetta di estendere l'area della tipicità di condotte altrimenti non punibili solo ove si ravvisino la realizzazione in forma tentata o consumata del fatto tipico, la pluralità di agenti (in tal caso rispetto ai partecipi), un contributo atipico dotato di reale efficienza causale, il dolo del concorrente.

Tale concorso eventuale presenta ovviamente delle peculiarità: in primo luogo va evidenziato che il 416 *bis* è reato permanente. Tuttavia, come rilevato dalla Cassazione, ciò non comporta particolari problemi, posto che anche la stessa partecipazione può essere, per così dire, *a tempo determinato*.

Inoltre, dato di carattere empirico-sociologico rilevato da una pronuncia della Cassazione⁵, nel concorso esterno in associazione mafiosa (al pari di quanto avviene per gli affiliati) è difficile uscire dall'associazione, non è sufficiente comunicare la disdetta, soprattutto ove l'apporto sia stato fornito per un notevole periodo di tempo. In tal senso, dunque, si differenzia dal concorso eventuale nel reato per la difficoltà di uscire e per il pericolo di ritorsioni.

² C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 132.

³ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro it.*, 1995, II, col. 422.

⁴ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, in *Foro it.*, 2003, II, col. 453.

⁵ Cass., sez. V, 16 dicembre 2005, n. 1023, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

L'obiettivo della presente ricerca è quello di cogliere se esistano delle specifiche regole giurisprudenziali proprie del concorso esterno e come esse si pongano rispetto ai profili tipicamente più problematici della tematica più generale del concorso esterno (in particolare: l'accertamento della rilevanza del contributo).

3. *Il contributo dell'extraneus sul piano oggettivo*

Nelle pronunce esaminate si presta costante ossequio alla formula secondo cui è concorrente esterno colui che, non facendo parte dell'associazione, fornisce un contributo volto al mantenimento o al rafforzamento della struttura.

4. *Il secondo termine della relazione eziologica*

L'apporto deve essere recato alla *societas* nel suo complesso, e non al singolo partecipe: infatti, ove la collaborazione sia diretta a favorire il singolo associato, si configurano altre ipotesi penalmente rilevanti, quali ad esempio il favoreggiamento personale e l'assistenza agli associati.

A questo proposito è stato rilevato da una parte di una dottrina⁶ come la sentenza Mannino riprenderebbe, sebbene senza trarne tutte le possibili conseguenze, uno spunto presente nella sentenza Demitry e invece assente nella Carnevale: in particolare si tratterebbe della distinzione tra tipicità della condotta di partecipazione e atipicità della condotta del concorso esterno.

Tale autore ha rilevato come il concorrente esterno è colui che non realizza una condotta tipica, bensì un contributo diverso che *deve contribuire atipicamente alla realizzazione della condotta atipica posta in essere da altri*. Dunque se il contributo del concorrente esterno è apporto alla realizzazione altrui della condotta tipica, si dovrebbe da ciò inferire che la condotta atipica del concorrente esterno debba essere messa in relazione con le singole fattispecie di partecipazione semplice o qualificata e non direttamente con la realtà associativa come entità superindividuale.

In conclusione, dunque, questa dottrina ritiene che la sentenza Mannino, nel richiedere che il contributo atipico del concorrente esterno operi in sinergia con quello dei partecipi interni, induca a superare la visione di un concorso tra l'*extraneus* e l'associazione quale entità superindividuale, per configurare invece il concorso dell'*extraneus* rispetto alle condotte tipiche di partecipazione semplice o qualificata (con la precisazione pe-

⁶ G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, II ed., 435.

rò che tale ottica non si pone in contrasto con la necessità di accertare la rilevanza del contributo causale *ai fini di rafforzamento o conservazione delle capacità operative dell'associazione*).

La conseguenza che si trae è che l'associazione non rappresenta né la condotta oggetto di incriminazione, né il suo evento, cioè non può costituire il secondo termine della relazione eziologica.

Così si è sostenuto in dottrina⁷ e in una sentenza della Cassazione⁸ che il concorrente esterno è colui che dà un contributo ai singoli ruoli descritti dall'articolo 416 *bis*.

Contro tale tesi si è obiettato però che il concorso esterno verrebbe configurato come condotta accessoria alla partecipazione e si perderebbe la prospettiva del vantaggio dell'organizzazione criminale, con il conseguente ampliamento a condotte che rilevano nei rapporti personali tra estraneo e membri dell'associazione ed eventuale sovrapposizione con il favoreggiamento e l'assistenza agli associati⁹.

Tale obiezione compare anche nella sentenza Carnevale¹⁰, proprio perché la condotta sarebbe volta ad agevolare un singolo partecipante e inoltre «farebbe riferimento alla singola condotta partecipativa come evento su cui misurare il contributo causale del concorrente, il che sarebbe qualcosa di meno pregnante rispetto all'organizzazione associativa complessivamente considerata».

La dottrina sopra richiamata¹¹ obietta che c'è una differenza tra l'affermare che il concorrente esterno dà un contributo causale allo svolgimento del ruolo dei membri interni e attribuire una condotta diretta esclusivamente ad agevolare il singolo partecipe: infatti si vuol dire che

⁷ G. LATTANZI, *Partecipazione all'associazione criminosa e concorso esterno*, in *Cass. pen.* 1988, 3149; F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, 860 ss, secondo cui: «non sarebbe dunque corretto affermare che l'*extraneus* concorra nell'associazione in quanto tale perché essa è un fatto o per meglio dire un effetto delle condotte di promozione, organizzazione, ecc. e di partecipazione».

⁸ Cass., sez. V, 22 dicembre 2000, Cangialosi, in *Foro it.*, 2001, col. 404. V. altresì Cass., sez. VI, 12 aprile 2007 (dep. 11 ottobre 2007), Riina, CED-237635 che ha osservato come il concorso esterno sia caratterizzato dall'accordo collusivo tra l'*extraneus* e l'associato, volto al mantenimento e al rafforzamento del potere criminale dell'associazione mafiosa.

⁹ Cfr., tra gli altri, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 301 ss.

¹⁰ Nella sentenza Carnevale in particolare si critica la tesi di un «concorso nella partecipazione», affermando che essa forse deriva da una visione della partecipazione in termini monosoggettivi, che comunque porterebbe ad assimilare l'associazione con il mero accordo, a sovrapporre condotte di concorso esterno con il favoreggiamento, o assistenza agli associati e magari anche ai delitti scopo. Inoltre tale prospettiva condurrebbe a violare il principio della personalità della responsabilità posto che il soggetto risponderebbe solo per aver tenuto una condotta nei confronti di un adepto con una inevitabile estensione dell'area delle condotte incriminabili.

¹¹ G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 442

[...] la condotta accede in chiave di supporto alle condotte dei membri interni non già nel senso di favorire personalmente uno di essi ma nel senso che i rispettivi contributi interagiscono sinergicamente (così la Mannino) concorrendo alla conservazione o al rafforzamento della associazione. In altri termini poiché la condotta tipica del reato associativo consiste nello svolgere rispetto all'associazione un ruolo di partecipe interno, il concorrente eventuale non può che essere colui che dà un contributo causale immediato allo svolgimento di taluno di quei ruoli da parte di taluno dei membri e in guisa tale da supportare lo svolgimento di quel dato ruolo. Fermo restando tuttavia che quel suo contributo dovrà necessariamente ridondare a favore dell'operatività del sodalizio nel suo complesso, nel senso che interagendo con i contributi prestati all'associazione dai partecipi interni, dovrà essere altresì consapevolmente e causalmente (*rectius* con-causalmente) orientato, sia pure in via mediata, alla conservazione e al rafforzamento dell'ente associativo. (Esse sono impropriamente dette eventi del reato perché rappresentano conseguenze della permanenza del reato).

Viene quindi evidenziato come sia impossibile ipotizzare un contributo che non influisca su alcuna delle condotte tipiche dei partecipi interni: ad esempio il politico che dispone la concessione di appalti contribuisce al potenziamento dell'organizzazione, ma concorre con i membri del sodalizio che svolgono compiti di controllo degli appalti.

Tale elaborazione permette alla dottrina richiamata di distinguere tra concorso esterno «semplice» e «qualificato»: quest'ultimo, se difficile rispetto a chi promuove o chi dirige, si potrà ravvisare eventualmente rispetto all'organizzazione (tuttavia fino ad ora in giurisprudenza non è stato ipotizzato).

Relativamente a questa tesi, pare opportuno però rilevare in primo luogo come la Cassazione «Mannino» affermi altresì la necessità che

[...] il contributo atipico del concorrente esterno, di natura materiale o morale, diverso ma operante in sinergia con quello dei partecipi interni, abbia avuto una reale efficienza causale, sia stato condizione “necessaria” – secondo un modello unitario e indifferenziato, ispirato allo schema della *condicio sine qua non* proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate – per la concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e per la produzione dell’“evento lesivo” del bene giuridico protetto, che nella specie è costituito dall’integrità dell’ordine pubblico, violata dall’esistenza e dall’operatività del sodalizio e dal diffuso pericolo di attuazione dei delitti – scopo del programma criminoso.

Il secondo parametro sembra dunque essere la *societas* e non la condotta dei singoli partecipi, in quanto è essa a ledere l'ordine pubblico.

La portata di tale contrapposizione va comunque ridimensionata ove si ponga mente alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza. In

particolare si afferma che «È peraltro innegabile che spesso il rapporto si andrà ad instaurare con i singoli membri del sodalizio: tuttavia, laddove sia l'associazione nel suo complesso a beneficiare della cooperazione, data mediamente ai singoli, non si può negare la sussistenza del concorso esterno»¹².

Analogamente si specifica talora come vada distinto nettamente il piano del rafforzamento della struttura da quello della agevolazione delle singole operazioni: infatti solo dal primo consegue sempre una facilitazione delle attività della organizzazione, mentre non è sempre vero il contrario e dunque solo nel primo caso si può parlare di concorso esterno¹³.

Ciò peraltro non significa che il contributo debba consistere sempre in una pluralità di condotte, posto che esso può concretizzarsi anche in un singolo atto, del tutto occasionale, purché di tale importanza strategica da influire sull'efficienza della struttura.

Nella giurisprudenza più recente in prevalenza non si richiede più che l'aiuto recato dal singolo debba essere infungibile:¹⁴ si potrebbe dunque affermare che l'*intuitus personae*, pur rilevante sul piano del rapporto di fiducia, non sia elemento essenziale del concorso esterno.

5. La rilevanza del contributo

Il vero *punctum dolens* è costituito dal rapporto che intercorre tra il contributo e l'«evento» rafforzamento o mantenimento dello *status quo* dell'associazione.

¹² Cass., Sez., V, 22 dicembre 2000, Cangialosi, cit., col 404. Nel caso di specie un imprenditore aveva accettato di svolgere la propria attività in società con alcuni membri di un clan mafioso che conferivano il denaro pertinente all'associazione e in tal modo l'associazione poteva reimpiegare il denaro e ricavarne gli utili (alla famiglia mafiosa arrivavano la metà dei profitti conseguiti dall'imprenditore). Le affermazioni riportate in questa sentenza sono peraltro richiamate da Cass., sez. VI, 12 aprile 2007, n. 37528, (in <<http://dejure.giuffre.it/>>) analizzata nel settore della contiguità politico affaristica, in cui si afferma che «se è vero che il contributo del concorrente esterno deve risultare utile a tutto il consesso, non può assolutamente ritenersi che il rapporto tra il concorrente esterno con uno solo degli associati mafiosi escluda di per sé il reato di concorso esterno in associazione mafiosa: ogni apporto alla associazione proveniente dall'esterno non può che essere fornito mediamente, cioè attraverso relazioni con i singoli associati».

¹³ Trib. Palermo, 6 giugno 2001, Picone, in *Foro it.*, 2002, col. 202.

¹⁴ Cass., 5 gennaio 1999, Cabib, in *Foro it.*, 1999, col. 631; Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit., col. 453, con nota di G. Fiandaca, G. Di Chiara. *Contra*: Trib. Palermo, 4 aprile 1998, Musotto, in *Foro it.*, 1999, col. 44. È peraltro evidente che l'infungibilità della prestazione potrà rilevare in alcuni casi specifici, si pensi ad esempio a quello del giudice che sia richiesto di ammorbidire un processo che egli presieda: ma si tratta di un aspetto legato alle specificità dei singoli casi e non un requisito essenziale del concorso esterno.

Come è noto, infatti, mentre la «storica» sentenza Demitry¹⁵ si era limitata a precisare che l'apporto prestato alla *societas* deve consentire alla stessa di mantenersi in vita, nella giurisprudenza successiva il paradigma causale è stato oggetto di applicazioni divergenti, in virtù dell'emersione di due differenti linee di tendenza¹⁶.

La prima, consistente nella valutazione se il contributo recato dall'*extraneus* sia idoneo, secondo una valutazione operata *ex ante*, al rafforzamento del sodalizio¹⁷, ha condotto a una sostanziale disapplicazione del parametro causale in termini di *condicio sine qua non*, valutata *ex post* secondo il procedimento di eliminazione mentale.

Non a caso, nella sentenza Carnevale¹⁸, la Corte ha affermato la necessità, nell'accertamento del livello di intensità dell'apporto, di valutare se esso sia «idoneo in termini di concretezza, specificità e rilevanza a determinare sotto il profilo causale la conservazione o il rafforzamento della stessa».

Il paradigma che sembra emergere, perlomeno a livello di enunciazione teorica¹⁹, pare essere quello della idoneità *ex ante* del contributo a rafforzare o conservare il sodalizio²⁰.

La seconda tendenza riscontrata è consistita nella valutazione se quest'ultimo abbia in qualche modo inciso in senso psicologico sulla struttura, nella direzione cioè di rafforzarne il prestigio e la sensazione di impunità²¹: anche in tal caso la causalità condizionalistica delle condotte poste in essere cede il passo ad un parametro differente²².

¹⁵ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit., col. 422.

¹⁶ Evidenzia le due tendenze richiamate A. Corvi, *Partecipazione e concorso esterno: un'indagine sul diritto vivente*, cit., 242 ss.

¹⁷ Trib. Palermo, 18 novembre 1996, Cordaro e Clementi, in *Foro it.*, 1997, II, col. 611; Trib. Taranto, 29 giugno 1999, Cito, in *Foro it.*, 1999, col. 166; Trib. Palermo, 27 gennaio 2001, Scalone, in *Foro it.*, 2002, col. 68.

¹⁸ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit., col. 453, con nota di G. FIANDACA, G. DI CHIARA.

¹⁹ Come si vedrà analizzando la portata settoriale dell'accertamento causale, con riferimento all'ipotetico caso in cui vi sia stata una sola condotta di «aggiustamento di un solo processo penale», la Cassazione richiede in termini di accertamento eziologico *ex post* l'effettivo raggiungimento del risultato perseguito.

²⁰ In questo senso G. Borrelli, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*, in *Cass. pen.*, 2005, III, 3759; A. Corvi, *Partecipazione e concorso esterno*, cit., 266 (l'autrice sottolinea peraltro come la presente sentenza aderisca anche alla seconda tendenza riportata, ovvero alla lettura in senso soggettivistico e psicologico del rafforzamento dell'associazione, su cui si veda *infra* nel testo).

²¹ Trib. Palermo, 27 gennaio 2001, Scalone, cit., col. 68.

²² Questa tendenza è stata oggetto di forte critica in quanto *in primis* comporta il rischio di contestare all'imputato di non aver preso una posizione netta, denunciando il sodalizio e le attività dallo stesso poste in essere, in assenza peraltro di alcuna posizione di garanzia e inoltre riferisce un concetto inerente ad una persona fisica ad una struttura associativa: cfr. A. Corvi, *Partecipazione e concorso esterno*, cit., 259.

Con la pronuncia delle Sezioni Unite del 2005²³ sembra proprio che la Cassazione abbia voluto imprimere un deciso arresto a queste pratiche applicative.

Si è infatti affermato come non sia sufficiente un accertamento che il contributo atipico, con prognosi di mera pericolosità *ex ante*, sia considerato idoneo ad aumentare le probabilità o il rischio di verificazione del fatto di reato, se con giudizio *ex post* si riveli controproducente o ininfluente per la verificazione dell'evento lesivo.

La tesi opposta, che prescinde dal paradigma eziologico, anticiperebbe arbitrariamente la soglia di punibilità in contrasto con il principio di tipicità e con l'inammissibilità del tentativo di concorso.

Si è altresì ripudiata anche l'impostazione che, nei casi di assenza di prova di incidenza causale del contributo materiale per la realizzazione del reato, utilizza la causalità psichica da rafforzamento.

Nella motivazione, il giudice relatore (lo stesso della sentenza «Franzese»)²⁴ si è soffermato lungamente sullo statuto della causalità nel concorso esterno, evidenziando le «difficoltà di accertamento (mediante la cruciale operazione controfattuale di eliminazione mentale della condotta materiale atipica del concorrente esterno, integrata dal criterio di sussunzione sotto leggi di copertura o generalizzazioni e massime di esperienza dotate di affidabile plausibilità empirica) dell'effettivo nesso condizionalistico tra la condotta stessa e la realizzazione del fatto di reato, come storicamente verificatosi, *hic et nunc*, con tutte le sue caratteristiche essenziali, soprattutto laddove questo rivesta dimensione plurisoggettiva e natura associativa».

La rilevanza e, direi, «il potere caratterizzante» del contributo causale è stato inoltre evidenziato con specifico richiamo ai Progetti di Riforma del codice penale e in particolare:

Che il criterio di imputazione causale dell'evento cagionato dalla condotta concorsuale costituisca il presupposto indispensabile di tipicità della disciplina del concorso di persone nel reato e la fonte ascrittiva della responsabilità del singolo concorrente, secondo il classico modello condizionalistico della spiegazione causale dell'evento, è infine ribadito tanto dal progetto 2001 della Commissione Grosso quanto da quello 2005 della Commissione Nordio di riforma della parte generale del codice penale. Nella relazione al primo, in tema di concorso di persone nel reato, si segnala la specificazione aggiunta all'art. 43 comma 1 – “causalmente rilevanti per la sua esecuzione” – per sottolineare “l'elemento

²³ Cass., Sez. Un., 20 settembre 2005, n. 33748, Mannino, (con nota di G. Borrelli), cit., 3732.

²⁴ Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, col. 601, con nota di O. DI GIOVINE; in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 58, con nota di A. DI MARTINO.

fondamentale della efficacia causale rispetto alla realizzazione del reato che ogni condotta atipica deve in ogni caso possedere”, si da “assicurare l’esigenza di provare la realizzazione di un apporto causale significativo”. Parimenti, nella relazione al secondo si avverte, nel definire le forme di partecipazione consistenti in specifici atti di agevolazione”, che anche per essi “l’art. 43 comma 5 rapporta il contributo agevolatore alla sua efficacia causale”, in modo da rendere “l’accertamento del contributo nettamente più concreto perché impone al giudice di verificare se realmente il singolo concorrente abbia materialmente portato al fatto un *quid pluris* (contributo individualizzante) che abbia effettivamente influenzato il fatto storico”.

Quanto allo statuto della causalità, il relatore ha fatto richiamo specifico alla sentenza «Franzese» nei seguenti termini:

Occorre ribadire che pretese difficoltà di ricostruzione probatoria del fatto e degli elementi oggettivi che lo compongono non possono mai legittimare – come queste Sezioni Unite hanno già in altra occasione affermato (sent. 10 luglio 2002, Franzese, Foro it., 2002, II, 601) – un’attenuazione del rigore nell’accertamento del nesso di causalità e una nozione “debole” della stessa che, collocandosi sul terreno della teoria dell’“aumento del rischio”, finirebbe per comportare un’abnorme espansione della responsabilità penale. Ed invero, poiché la condizione “necessaria” si configura come requisito oggettivo della fattispecie criminosa, non possono non valere per essa l’identico rigore dimostrativo e il conseguente standard probatorio dell’“oltre il ragionevole dubbio” che il giudizio penale riserva a tutti gli elementi costitutivi del fatto di reato. Si è peraltro sottolineato da parte delle Sezioni Unite, nella citata sentenza Franzese, che, attesa la natura preminentemente induttiva dell’accertamento e del ragionamento inferenziale nel giudizio penale, il “giudice, pur dovendo accertare *ex post*, inferendo dalle suddette generalizzazioni causali e sulla base dell’intera evidenza probatoria disponibile, che la condotta dell’agente è condizione necessaria del singolo evento lesivo, è impegnato nell’operazione ermeneutica alla stregua dei comuni canoni di certezza processuale, conducenti conclusivamente, all’esito del ragionamento probatorio di tipo largamente induttivo [ispirato ai criteri valutativi delineati nell’art. 192 commi 1 e 2 e, quanto alla doverosa ponderazione delle ipotesi antagoniste, nell’art. 546 comma 1 lett. e c.p.p.], ad un giudizio di responsabilità caratterizzato da alto grado di credibilità razionale o conferma dell’ipotesi formulata sullo specifico fatto da provare: giudizio [nella specie, quello in ordine alla reale efficacia condizionante della condotta atipica del concorrente esterno] enunciato anche in termini di elevata probabilità logica o probabilità prossima alla – confinante con la – certezza”.

Al fine di valutare quale sia stato l’impatto applicativo della presente pronuncia nella giurisprudenza successiva, e poter dunque cercare di in-

dividuaire l'eventuale emersione di regole giurisprudenziali, più o meno condivise, è parso utile, come accennato sopra, suddividere le sentenze esaminate per aree tematiche.

5.1.1. *La contiguità politico-affaristica*

Si tratta di un settore che coinvolge diversi ambiti: politica (e pubblica amministrazione), imprenditoria e associazioni criminali. I casi più frequenti riguardano ipotesi di instaurazione di rapporti con la classe politica-amministrativa finalizzati ad ottenere l'aggiudicazione di appalti per opere pubbliche, dietro la corresponsione di tangenti e casi di impiego in attività imprenditoriali di denaro di provenienza illecita, con possibilità per le organizzazioni criminali di ripulire i soldi e di partecipare ai profitti. È evidente che gli imprenditori coinvolti assai spesso rivestiranno la qualifica di partecipi.

Tuttavia l'istituto del concorso esterno può venire in rilievo in tutti i casi in cui intervenga qualche mediatore per la distribuzione di tangenti o per la risoluzione di conflitti, magari con clan rivali; altresì anche in tutti i casi in cui si consideri la posizione del politico *extraneus* all'associazione, o, ancora, qualora l'imprenditore non sia membro del sodalizio. In questo settore possono peraltro rientrare ipotesi di indebita percezione di fondi europei.

Nell'ambito della categoria degli imprenditori, può essere utile richiamare in via preliminare una indagine sociologica²⁵ che ha distinto tra imprenditori subordinati (cui è imposta una protezione passiva e che sono tenuti a prestazioni specifiche, quali la dazione di somme di denaro) e imprenditori collusi (che stabiliscono un legame di protezione attiva e che sono tenuti a prestazioni diffuse). Nel quadro di questa seconda categoria si individuano altresì gli imprenditori «clienti», ovvero coloro che stabiliscono con i mafiosi un rapporto basato sulla cooperazione e sul mutuo vantaggio e che si qualificano ulteriormente come «identificati» laddove abbiano relazioni di fedeltà, in quanto legati da rapporti di parentela o di amicizia non esclusivamente strumentale.

Tale analisi ha altresì individuato una terza categoria di imprenditori (i cosiddetti imprenditori strumentali) che hanno la forza di instaurare con la mafia rapporti di scambio: generalmente si tratta di imprenditori provenienti da aree geografiche diverse da quelle in cui è radicata l'associazione e che collaborano per accordi estemporanei e limitati nel tempo, eventualmente accordandosi, caso per caso, per la reiterazione.

²⁵ R. SCIARRONE, *Il rapporto tra mafia e imprenditorialità in un'area della Calabria*, in *Quaderni di sociologia*, vol. XXXVII, 1993, n. 5, 68 ss.

In queste ipotesi in realtà, esclusa la partecipazione interna, si dovrà esaminare il concorso esterno, che peraltro si ritiene difficilmente configurabile posto che la estemporanea collaborazione dell'imprenditore è perlopiù volta a limitare il danno ingiusto da lui subito e che sarà assai difficile, date le caratteristiche della collaborazione, riuscire a dimostrare che è stato fornito un contributo alla conservazione e al rafforzamento della *societas*.

Risulta dunque preliminare all'inquadramento della condotta dell'imprenditore nella partecipazione o nel concorso esterno l'individuazione della posizione da costui rivestite, con particolare riferimento al quesito se si tratti di imprenditore colluso o subordinato: un criterio che è stato usato in giurisprudenza è quello della *ingiustizia del vantaggio*, nel senso che se l'intesa è volta al perseguimento di un ingiusto vantaggio si configurerà una collusione, se invece il patto è finalizzato a contenere il danno si ricadrà nella seconda ipotesi²⁶.

Riprendendo le fila dell'indagine, occorre comprendere quali siano i connotati di un contributo rilevante nella mediazione tra politica, mafia, pubblica amministrazione e imprenditoria, verificando altresì se affermazioni quali «anche il mero accordo può costituire un valido contributo al rafforzamento dell'associazione, accrescendone le capacità operative»²⁷ dopo la sentenza Mannino siano ancora condivise e soprattutto oggetto di applicazione giurisprudenziale.

5.1.2. La figura del politico

In un caso²⁸ di contiguità politico affaristica in cui un uomo politico aveva favorito il sodalizio mafioso per oltre un decennio (e non sembrano risultare prove di alcuna discontinuità in questo periodo nel sostegno prestato) nel settore degli appalti pubblici il concorso esterno è stato riconosciuto: addirittura la Cassazione, senza poi affrontare il problema che non era sottoposto al suo vaglio, si domanda se si potesse configurare una partecipazione.

²⁶ Cass., sez. VI, 22 marzo 2005 (dep. 15 aprile 2005), n. 14236, Iovino, *inedita*, non massimata e Cass., sez. I, 11 ottobre 2005, (dep. 20 dicembre 2005), D'Orio, in *Cass. pen.*, 2007, 1068 ss.: riportate e esaminate in G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 474.

²⁷ Trib. Palermo, 6 giugno 2001, Picone, cit., col. 202. Nel caso di specie, però, la sussistenza del concorso esterno è stata esclusa evidenziandosi come non vi fu un accordo avente ad oggetto un programma determinato, ma soltanto una vaga e indeterminata disponibilità reciproca.

²⁸ Cass., sez. II, 16 dicembre 2005, n. 1023, cit. La sentenza aveva ad oggetto specifico la applicabilità della misura di prevenzione al concorrente esterno.

Nella stessa direzione sembra portare una pronuncia²⁹ resa a seguito di impugnazione del decreto con cui è stata applicata una misura di prevenzione in cui la Cassazione, dopo aver richiamato i principi contenuti nella sentenza Mannino del 2005, ritiene che il *fumus* tratteggiato dai giudici a *quibus* non sia evanescente ma fondato, posto che sussistevano i seguenti presupposti:

- *diuturnitas* di rapporti con personaggi in posizione apicale dell'organizzazione
- condivisione degli interessi inerenti la gestione degli appalti pubblici
- ruolo apicale svolto dall'imputato preposto al controllo del settore con partecipazioni societarie, turbative d'asta, remunerazioni per il sodalizio
- consapevole contributo offerto alla riuscita del programma capillare di gestione dell'ambito degli appalti pubblici elaborato dal comitato d'affari di Cosa Nostra

5.1.3. Il pubblico amministratore

Il fattore «tempo» pare rilevante anche nella valutazione della condotta del pubblico amministratore che si sia prestato a favore della associazione.

In particolare, in una pronuncia di merito³⁰ in sede di riesame per la custodia cautelare (che è stata confermata), si è ravvisato il concorso esterno nella condotta del soggetto che in qualità di funzionario pubblico del Comune si sia reso disponibile alle richieste della associazione e in particolare si sia adoperato in favore di un intestatario di beni degli associati, facendo nominare un soggetto come progettista; inoltre costui è intervenuto più volte in favore di altro associato nel procedimento amministrativo e in Consiglio comunale e, in seguito a provvedimento di sospensione dei lavori, ha emesso un provvedimento di concessione in sanatoria.

Il Tribunale non fa riferimento alla questione del buon esito della concessione degli appalti, tuttavia anche nel caso di specie c'era stata una lunga messa a disposizione del concorrente esterno e infatti si afferma come il soggetto fosse a disposizione del sodalizio e soggetto referente degli interessi mafiosi in materia di appalti, pienamente consapevole di agevolare con la propria condotta gli interessi mafiosi. Quindi si aggiunge come il contributo andasse valutato come significativo e non certo estemporaneo.

²⁹ Cass., sez. II, 16 febbraio 2006, n. 7616, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

³⁰ Trib. Palermo, sez. Riesame, 9 novembre 2007, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

Analogamente in un caso in cui il responsabile dell'Ufficio tecnico del Comune aveva orientato il regolare andamento di alcuni appalti, la Corte³¹ in sede di impugnazione dell'ordinanza emessa dal Riesame in sede di concessione delle misure cautelari afferma che gli interventi si erano protratti nel tempo, senza alcun riferimento al buon esito delle procedure.

E nella stessa direzione la Cassazione³² (sempre in un procedimento *de libertate*) ha riconosciuto il concorso esterno nella condotta di chi, quale responsabile della ripartizione urbanistica di un comune abbia favorito il clan mafioso nella aggiudicazione degli appalti. In particolare viene poi riportata una pronuncia della Suprema Corte del 2004 in cui in una fattispecie analoga è stato riconosciuto il concorso esterno e si è specificato che non è necessario che lo stato di difficoltà sia tale che senza l'aiuto del concorrente esterno l'associazione andrebbe incontro ad estinzione.

In un'altra pronuncia della Cassazione³³, relativa ad un caso di mediazione nella distribuzione di tangenti a seguito della aggiudicazione di appalti e della avvenuta risoluzione di un conflitto con un altro clan, nel confermare la decisione di merito i giudici di legittimità hanno affermato la corretta individuazione del concorso esterno, proprio facendo leva sulla effettività del contributo recato.

Anche in questo settore risulta particolarmente difficoltosa la distinzione tra concorso esterno e partecipazione, tanto è vero che la Corte talora annulla con rinvio le sentenze di merito proprio per la mancata applicazione dei principi elaborati (nella specie dalla sentenza Mannino) in tema di distinzione tra concorso esterno e partecipazione³⁴.

5.1.4. L'imprenditore

Assai significativa in relazione al ruolo dell'imprenditore quale concorrente esterno è una pronuncia³⁵ recente relativa al caso in cui un imprenditore, rivolgendosi a un componente di spicco dell'associazione mafiosa, aveva ottenuto l'assegnazione di un subappalto all'impresa dei tre fratelli (attraverso un falso «nolo a freddo») e concesso altresì l'uso dei locali in propria disponibilità per le riunioni della consorterìa (in particolare, era stato imposto al raggruppamento che era risultato aggiudicatario il subappalto dei lavori).

³¹ Cass., sez. I, 13 novembre 2007, n. 43685, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

³² Cass., sez. V, 15 gennaio 2007, n. 5572, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

³³ Cass., 10 marzo 2006, n. 8565, *inedita*.

³⁴ Cfr., ad. es., Cass., sez. V, 19 settembre 2006, n. 35724, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

³⁵ Cass., sez. VI, 12 aprile 2007, n. 37528, cit., Nella pronuncia si affronta anche il tema della possibile sussistenza del delitto di cui all'art. 513 *bis*.

Quanto alla preliminare distinzione tra imprenditori vittime e colusi, la Cassazione supera rapidamente la tesi difensiva evidenziando come nel caso di specie siano stati proprio gli imprenditori a procurarsi il lavoro commettendo reati.

Inoltre, dopo aver fatto un interessante *excursus* sullo stato dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema del concorso esterno, la Suprema Corte rileva come, attraverso l'imposizione del subappalto, il contributo dell'imprenditore (e dei fratelli, che sebbene non in rapporto diretto con l'esponente del sodalizio, sono stati riconosciuti concorrenti) abbia rafforzato il potere di Cosa Nostra in quanto essa «ha esteso la sua criminale influenza anche su tali subappalti, imponendo con i suoi metodi violenti e minacciosi, che per definizione caratterizzano la sua attività senza bisogno di prova specifica», l'impresa del concorrente esterno e dei suoi fratelli. In questo senso, dunque, sembra che il rafforzamento sia legato al fatto che l'opera di imposizione sia andata a buon fine.

La Corte specifica altresì l'irrilevanza della circostanza che l'imposizione avrebbe riguardato i soli lavori di sbancamento della Pretura di Palermo, ben potendo il concorso esterno concretizzarsi in modo del tutto episodico e non necessariamente continuativo o iterativo.

Inoltre si rileva come non abbia alcun fondamento il fatto che gli imprenditori non abbiano usato concretamente alcuna minaccia, posto che la stessa è stata posta in essere dalla associazione, circostanza di cui erano ben consapevoli.

Infine la Corte sottolinea che nell'azione posta in essere dagli imprenditori è ravvisabile anche una offesa all'ordine pubblico, in un settore, quale quello degli appalti, in cui l'esecuzione dei lavori è pilotata dalla mafia.

In altra pronuncia³⁶ tre imprenditori sono stati ritenuti concorrenti esterni per aver concluso un patto di reciproca collaborazione con Cosa Nostra per la spartizione di appalti pubblici di elevato importo mediante il metodo del «tavolino»³⁷. Dopo aver ripercorso la giurisprudenza in tema

³⁶ Cass., sez. V, 29 aprile 2008, n. 36769, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

³⁷ Molto sinteticamente è stato accertato che Cosa Nostra utilizza nella spartizione degli appalti il cosiddetto metodo Siino (è il nome dell'ideatore) o della rotazione programmata o del tavolino: il sodalizio sollecita e pianifica l'assegnazione dei grandi appalti predestinando l'impresa che di volta in volta deve aggiudicarsi la gara offrendo il minimo ribasso: gli imprenditori devono versare una tangente in parte per i politici e in parte per la associazione. Il buon esito è garantito dalla rotazione programmata delle aggiudicazioni a favore delle imprese inserite nella trattativa; l'opposizione o il rischio che vizi del procedimento amministrativo siano fatti valere sono superati attraverso mezzi di persuasione minacciosi e violenti. Il sistema adottato dalla Camorra (rivelato già a partire dal 1992 dal collaboratore Pasquale Galasso) è invece incentrato sulla mediazione del politico che gestisce il finanziamento e l'assegnazione dell'appalto tra la ditta (di grandi dimensioni, in genere del nord o centro Italia) e l'organizzazione criminale. Così all'impresa è imposto il pagamento di una tangente a favore del politico e inoltre alle

di concorso esterno e ribadito che deve «essere provato che la condotta atipica dell'estraneo abbia efficacemente condizionato, sia pure istantaneamente, quella tipica dei membri necessaria per tenere in vita l'associazione di tipo mafioso in attuazione del programma», la Cassazione si sofferma sulla rilevanza del patto nel caso di specie.

In particolare si afferma come «il rafforzamento consista proprio nel patto e che tale accordo muti il programma di Cosa Nostra, facendola passare da una fase “parassitaria” (le estorsioni) ad una «simbiotica» con i gestori di imprese di assoluto rilievo locale».

Va peraltro rilevato come nel caso in esame si sia valorizzata la durata di tale patto (maturato tra il 1988 e il 1990) oltre che la circostanza che prove dell'esistenza dello stesso fossero evidenti nella partecipazione ai lavori da appaltare di imprese non competitive e nella prestazione di una vasta gamma di favori alla mafia da parte degli imprenditori (che può condurre a classificarli come «collusi», secondo la dizione sopra riportata).

5.1.5. *Il consulente finanziario*

Si tratta di un settore attiguo a quello della contiguità politico-affaristica, di frequente ad esso intrecciato.

È un ambito molto vasto, che copre ipotesi di «piccole dimensioni» di prestanome fino a operazioni di ripulitura di denaro e di reinvestimento di proventi.

Difficile il discrimine rispetto alla partecipazione: in un caso³⁸ in cui una donna vendeva a terzi unità immobiliari intestate a prestanomi, riscuoteva proventi e reinvestiva capitali anche all'estero per l'associazione mafiosa dei fratelli, si è ravvisato il concorso esterno.

In altra analoga vicenda una donna è stata condannata per concorso esterno perché per un lungo arco di tempo era risultata intestataria formale di beni appartenenti ai Corleonesi e in epoca più recente era emerso il ruolo di fittizia intestataria di beni e partecipazioni azionarie appartenenti alla mafia e di anello importante nella gestione di affari mafiosi e nella organizzazione della latitanza di altro soggetto³⁹.

In un'altra sentenza⁴⁰ emessa in sede di procedimento cautelare in relazione ad un soggetto che era risultato titolare e gestore dei beni con la creazione di una situazione di apparenza giuridica e formale nella titolarità

ditte controllate direttamente dalle organizzazioni camorristiche vengono assegnati i subappalti. Così G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, II ed., 242.

³⁸ Cass., sez. II, 17 gennaio 2006, n. 6714, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

³⁹ Cass., sez. I, 4 aprile 2007, n. 22766, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁴⁰ Cass., sez. fer., 30 agosto 2007, n. 34360, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

di magazzini al fine di eludere le disposizioni di legge in tema di prevenzione patrimoniale (poiché a carico dei reali proprietari erano in corso procedimenti penali e di prevenzione), la Corte ha annullato l'ordinanza in relazione proprio alla sussistenza del concorso esterno, affermando che la condotta non aveva fornito alcun contributo al rafforzamento e alla conservazione del vincolo associativo. Vengono invece confermati i gravi indizi di colpevolezza per il delitto di trasferimento fraudolento di valori, aggravato dalla finalità di agevolare *ex art. 7 l. 203/1991*. È interessante l'applicazione della causalità già in fase di procedimento *de libertate* e in relazione al «mega evento» rafforzamento della associazione.

In altro caso⁴¹, in un procedimento relativo alla applicazione di una misura di prevenzione in cui un soggetto è stato condannato in I e II grado per concorso esterno perché, quale titolare di una impresa edile, aveva reinvestito i profitti derivanti alla famiglia mafiosa dal traffico di stupefacenti e fungeva da prestanome per esponenti mafiosi, la Corte si sofferma ad evidenziare la lunga durata del rapporto.

5.1.6. Il contributo rilevante nel settore della contiguità politico-affaristica

Pare dunque che la giurisprudenza più recente, nel settore considerato, tenda a non ritenere sufficiente il mero accordo, se non accompagnato da qualche elemento ulteriore.

In particolare è molto frequente la valorizzazione del fattore temporale: laddove infatti si raggiunga la prova che per lungo tempo il soggetto era stato a disposizione della *societas*, intrattenendo rapporti con i partecipi e offrendo dunque il proprio sostegno alle attività della stessa, il concorso esterno viene riconosciuto.

Soltanto in via incidentale si può rilevare che in queste affermazioni più che una attenzione all'effettività del contributo reso (che peraltro si potrebbe solo dedurre in via ipotetica per la *diuturnitas* del rapporto) sembra porsi rilievo a parametri più vicini al modello «organizzatorio», sotto il profilo della costante messa a disposizione della propria opera, con qualche difficoltà, peraltro, a distinguere tali ipotesi da quelle di partecipazione.

Queste conclusioni non escludono l'operatività del diverso schema della effettività del contributo, nel senso di raggiungimento del risultato avuto di mira. Come dimostra, tra le altre, la prima pronuncia sopra riportata in relazione alla figura dell'imprenditore, ove sia raggiunta la prova che il patto ha conseguito il fine perseguito, (anche se si tratta di una vicenda isolata o comunque limitata nel tempo), essa viene ritenuta tale da rafforzare il sodalizio.

⁴¹ Cass., sez. I, 16 aprile 2007, n. 21048, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

5.2. *L'interferenza nella attività giudiziaria*

L'ambito dell'«aggiustamento» di un processo penale in cui siano coinvolti esponenti di spicco del sodalizio dalla cui incriminazione può derivare grave danno all'operatività della *societas* è particolarmente delicato. Come ha notato attenta dottrina⁴², infatti, sono ipotizzabili differenti intensità del contributo rilevante.

In primis si potrebbe semplicemente accertare se il giudice abbia dato la propria disponibilità a influenzare il corso del procedimento, orientando magari le opinioni del collegio giudicante; oppure è possibile ritenere necessario che effettivamente egli compia la propria attività di pressione o, infine, si potrebbe arrivare addirittura a richiedere che la sentenza sia effettivamente favorevole al membro dell'associazione.

Va tuttavia premesso, come rilevato dalla dottrina⁴³, che la casistica giudiziaria in tema di aggiustamento di processi di mafia è piuttosto scarsa: si possono richiamare le due pronunce della Cassazione a Sezioni Unite *ante* «Mannino 2005».

La sentenza Demitry riguardava un caso di aggiustamento di processo, ma come è noto, non ha affrontato tali problemi specifici, posto che i motivi del ricorso riguardavano l'*an* della configurabilità del concorso esterno nel reato associativo.

Nel 2003 la Cassazione a Sezioni Unite⁴⁴ Carnevale, in un altro caso relativo al settore in esame, dopo aver affermato in linea generale la necessità di apprezzare l'idoneità del contributo in termini di concretezza, specificità e rilevanza a determinare sotto il profilo causale la conservazione o il rafforzamento dell'associazione, si è soffermata su tale ambito (oggetto della vicenda sottoposta all'attenzione dei giudici).

In primis la Corte ha evidenziato come non sia sufficiente la mera disponibilità ad aggiustare il processo, se ad essa non si accompagnino positive attività che abbiano fornito un contributo rilevante in relazione ai criteri enucleati dalla pronuncia.

Quindi si è distinto a seconda che si tratti dell'aggiustamento di un solo processo penale a favore di un'associazione mafiosa (che è un contributo di estrema rilevanza) o che invece sia posta in essere un'attività reiterata e costante di intervento nel corso di una serie di procedimenti. In tale ultima evenienza, ai fini della configurabilità del concorso esterno, l'esito favorevole delle condotte, ossia l'effettivo aggiustamento di ogni procedimento o di ogni decisione, può non essere essenziale, poiché l'apporto recato determina

⁴² C. Visconti, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 184.

⁴³ G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 495.

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit., col. 453, con nota di G. FIANDACA, G. DI CHIARA.

negli esponenti la consapevolezza di poter contare sul sicuro appoggio di un soggetto qualificato e ciò costituisce rafforzamento della struttura.

Dal ragionamento riportato sembra dunque di poter concludere che nel caso in cui si dibatta di un unico episodio di interferenza sia comunque necessario l'accertamento che ci sia stato un effettivo aggiustamento del procedimento, ovvero il criterio più rigido dei tre sopra richiamati⁴⁵.

Interessante è poi il riferimento che la Cassazione fa all'ipotesi in cui la sentenza sia il prodotto di una decisione collegiale, in cui al giudice penale non sarebbe precluso andare a esaminare le anomalie del procedimento e il contenuto del provvedimento finale al fine di valutare la fondatezza della prospettazione accusatoria⁴⁶.

In questi casi, ove si ritenga che essa sia stata emessa a seguito di alterazione della volontà del collegio, addebitabile ad un singolo soggetto, sarà necessario fornire «prova rigorosa di una condotta da parte di quest'ultimo se non di vera e propria coartazione e prevaricazione, almeno di un concreto condizionamento esercitato sulla volontà dei componenti del collegio o di qualcuno di essi, che si siano orientati perciò a operare proprio in funzione di quell'illecito intervento»⁴⁷.

Tale condizionamento può «essere provato anche attraverso l'esame di eventuali anomalie del procedimento e del contenuto del provvedimento finale, posto che appunto elementi rivelatori di un condizionamento sulla formazione della volontà del giudice (*omissis*) possono essere desunti anche dal tenore della decisione». Peraltro però potrà essere probante solo un *decisum* manifestamente *arbitrario*, «in alcun modo giustificabile, affetto da un grado di abnormità tale da superare ogni limite di ragionevolezza: non già opinabile o semplicemente errato».

Tuttavia, secondo la Corte, la prova del condizionamento dei magistrati componenti il collegio non può mai essere validamente acquisita attraverso la testimonianza dei magistrati medesimi, dato l'obbligo pressoché assoluto che graverebbe su di essi di astenersi dal deporre sulle dinamiche intervenute nel segreto della camera di consiglio a norma degli artt. 201 e 125.4 c.p.p.⁴⁸.

Occorre pertanto domandarsi come si sia orientata la giurisprudenza posteriore al 2005 in questo settore.

⁴⁵ In dottrina si è rilevato come il primo caso potrebbe integrare una ipotesi di concorso esterno cosiddetto semplice (ove il contributo sia isolato e episodico), il secondo invece un concorso esterno cosiddetto qualificato: in entrambe i casi poi saranno ravvisabili una o più violazioni dell'art. 319 *ter*, aggravato *ex art. 7*, in concorso con gli affiliati con cui sia intervenuto l'accordo. Così G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 498.

⁴⁶ G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, cit., 499.

⁴⁷ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit.

⁴⁸ Così G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 500: tuttavia si vedano le valutazioni operate dall'autore che critica l'assolutezza di questa affermazione.

In un caso⁴⁹, (cosiddetto «Prinzivalli»), il problema dell'aggiustamento di un processo è stato risolto in modo del tutto differente. Si trattava di valutare la condotta di un giudice che aveva dato il proprio voto assolutorio in un processo (cosiddetto *maxi ter*), offrendo così il proprio sostegno a Cosa Nostra.

Mentre i giudici di merito, richiamando la sentenza da ultimo citata, avevano ritenuto che non fosse sufficiente ai fini del concorso esterno la preconstituzione del proprio voto, ma che occorresse un contributo rilevante, sotto il profilo causale, a determinare la conservazione e il rafforzamento dell'associazione, nel senso di un concreto condizionamento dei giudici del collegio e la manipolazione del processo decisionale e del verdetto, la Cassazione afferma che tale precedente pronuncia è stata fraintesa.

In particolare, infatti, si sottolinea come la tesi della necessità dell'esito favorevole dell'opera di condizionamento comporterebbe innanzitutto «ingiustificate franchigie» per molti casi di concorso esterno, essendo la deliberazione collegiale svolta in camera di consiglio coperta dal segreto d'ufficio e comunque porterebbe ad escludere l'incriminazione nei casi in cui tutti i membri del collegio si fossero accordati separatamente con la mafia, per assenza del condizionamento eziologico.

In secondo luogo sarebbe del tutto irrealistico ritenere necessario che il giudice ponga in essere condotte di *sopraffazione e coartazione*.

Infine, ancora, non si deve richiedere che la decisione sia necessariamente arbitraria (*in tal caso si denuncerebbe da sé sola come arbitraria*).

Una volta demolita la posizione della Corte di merito, la Cassazione procede in positivo a delineare il contributo penalmente rilevante.

In particolare afferma che «Il contributo penalmente rilevante si mimetizza di regola in condotte di persuasione e orientamento, al momento del verdetto e nel corso del dibattimento con riferimento a decisioni interlocutorie». E quindi conclude che

[...] è necessario e sufficiente a integrare la condotta costitutiva del reato la concreta e reale preconstituzione di un giudice non imparziale, ma prevenuto a favore degli imputati, cui è stato promesso il voto assolutorio e una gestione compiacente del dibattimento. (Non si tratta, dunque, di mera disponibilità a operare, ma di un contributo effettivo e non virtuale, una promessa che diviene vincolante nel momento stesso in cui viene formulata) [...].

Non v'è dubbio che tali estremi rivesta la condotta del magistrato che assicuri il suo atteggiamento favorevole agli imputati di mafia, a prescindere dal condizionamento degli altri membri del collegio giudicante.

Rimosso, infatti, l'estremo argine contro le malefatte del sodalizio criminale, Cosa Nostra si rinvigorisce della nuova linfa rappresentativa

⁴⁹ Cass., sez. V, 15 maggio 2006, n. 16493, Prinzivalli, *inedita*.

ta dal contributo del magistrato colluso, ottenendo risultati favorevoli nell'immediato, insieme con l'aspettativa che l'orientamento della Corte presieduta dal P. [che aveva sconfessato l'impianto accusatorio e negato l'organizzazione verticistica di Cosa Nostra] faccia aggio in seguito, presso la giurisprudenza, su quello espresso dal processo maxi-uno, ispirato al più rigoroso approccio alla prova, dovuto al dott. Falcone.

In un'altra pronuncia⁵⁰ pare forse emergere un maggiore rigore nella valutazione della rilevanza causale delle condotte rispetto al rafforzamento e alla sopravvivenza dell'associazione, anche se non in termini così marcati.

In particolare un magistrato in servizio presso il Tribunale di Napoli aveva posto in essere una serie di condotte consistenti nella costante disponibilità a spiegare il proprio intervento e mediazione in processi a carico dell'associazione camorristica, processi non direttamente da lui trattati, (è stata contestata anche la corruzione aggravata), per fornire una serie di soluzioni processuali favorevoli (assoluzioni, dissequestri, libertà provvisoria e scarcerazioni, sostituzione di misure cautelari o di prevenzione con altre di minor gravità, ritardi nelle esecuzioni) e trasmettendo numerose informazioni coperte dal segreto nei confronti di affiliati con la consapevolezza che attraverso tali condotte e l'accettazione di indebite utilità in cambio, contribuiva al rafforzamento e al consolidamento delle attività illecite dell'associazione camorristica. In particolare si fa riferimento alla promessa, non mantenuta, di assoluzione degli accusati, al proscioglimento per insufficienza di prove di un imputato per duplice omicidio, all'intervento tentato nel procedimento per le misure di prevenzione (l'altro imputato era invece un avvocato cui si contestava, tra gli altri fatti, di essere intervenuto per «aggiustare i processi», per il quale è stato riconosciuto il concorso esterno all'esito del giudizio di secondo grado operato dalla Corte d'Appello di Roma).

La Cassazione, dopo aver riportato il contenuto delle sentenze Carnevale e Mannino (quest'ultima volta a superare i dubbi sul concorso esterno rispetto ai principi di legalità e determinatezza, attraverso una rigorosa tipizzazione causale delle condotte), rileva che, con riferimento alla condotta di concorso esterno ascritta agli imputati, manca nella pronuncia di secondo grado ogni riferimento alle caratteristiche richieste dalle due pronunce delle Sezioni Unite e in particolare «non è stato affatto precisato se le condotte attribuite agli imputati abbiano avuto rilevanza causale, costituendo condizione necessaria ai fini della sopravvivenza e del rafforzamento della struttura». Pertanto annulla con rinvio richiedendo un esame della rilevanza causale della condotta, se essa sia condizione necessaria rispetto al rafforzamento e alla sopravvivenza della *societas*.

⁵⁰ Cass., sez. I, 7 dicembre 2006, n 12903, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

In una pronuncia emessa dal Gip presso il Tribunale di Marsala⁵¹ sembra sia più espressamente prestata adesione a quanto affermato nella sentenza «Prinzivalli»: il caso riguardava la minaccia al perito in un giudizio perché facesse una falsa perizia e non è chiaro se abbia effettivamente compiuto tale attività.

Il giudice, dopo aver ripercorso la giurisprudenza in tema fino alla Mannino, sottolinea come la causalità rispetto a un delitto permanente sia più complicata da accertare.

L'evento non può consistere né nell'esistenza della struttura (evento naturalistico), né nella lesione dell'ordine pubblico (evento giuridico) perché entrambi pre-esistono: si dovrà dunque accertare se la condotta abbia inciso ai fini della conservazione e rafforzamento dell'associazione mafiosa. Ma tale valutazione, pur fatta *ex post*, riguarda gli effetti in relazione al mantenimento o potenziamento dell'associazione e non deve essere condizionata dal mancato raggiungimento dello scopo perseguito mediante la stessa azione convenuta; altrimenti si giungerebbe al paradosso di far discendere la responsabilità penale in un reato di pericolo non dalla gravità della condotta ma dal raggiungimento dei risultati avuti di mira, indipendentemente dalla volontà.

Nel caso di aggiustamento del processo, dunque, si afferma espressamente come non sia necessario che sia raggiunto un esito favorevole.

5.2.1. *Il contributo rilevante nell'ambito dell'interferenza in attività giudiziaria*

Premesso che le conclusioni che si possono trarre in questo ambito sono ancora più provvisorie e «tendenziali» che negli altri, attesa la scarsità delle pronunce e la non omogenea portata delle stesse, si può rilevare come nei *dicta* dei giudici sia individuabile l'influenza dei principi enunciati dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 2005.

In particolare, infatti, in quella che pare essere una adesione alla linea più rigorosa, per cui basterebbe la mera disponibilità nei confronti del sodalizio, (così come nella pronuncia Prinzivalli e in quella di merito da ultimo citata), si rileva però la necessità di accertare che la precostituzione del giudice sia *concreta e reale* e dunque effettiva. Si tratta di una affermazione che sembra aver recepito la lezione offerta dalla sentenza Mannino, contestualizzandone però la portata nello specifico settore in esame⁵². Pare infatti di potersi affermare che, nel richiedere l'accertamento della

⁵¹ Uff. Ind. Prel. Marsala, 22 gennaio 2007, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁵² Va peraltro solo per inciso richiamato come nella vicenda «Mannino» l'imputazione contenesse anche episodi di programmazione, regolamentazione e avvio di flussi di finanziamenti e dell'aggiudicazione di appalti di opere o servizi pubblici a favore di particolari imprese.

vincolatività della promessa conclusa con il magistrato, la Corte riproduce il *dictum* della Cassazione a Sezioni Unite circa la verifica della serietà della promessa fatta dal politico e l'individuazione di specifici parametri nel settore che ora si andrà a considerare. Chiaro che, data la differente tipologia di contributo, diversi saranno i parametri da porre a base della valutazione: si potrà dunque far riferimento al ruolo rivestito dal giudice, al tenore e al contenuto degli incontri intervenuti con i membri del sodalizio o con soggetti mediatori, alla tipologia di intervento richiesto e alle reali possibilità di incidenza. L'effettivo condizionamento della decisione e, in generale, il raggiungimento del risultato perseguito, ove se ne riesca a fornire la prova, servirà solo a confermare che il contributo ha avuto una rilevanza causale nel rafforzamento del sodalizio, ma non si porrà come unico criterio discriminante circa la sussistenza del concorso esterno.

5.3. Il patto di scambio politico-mafioso (voti contro favori)

Questo settore riguarda le ipotesi in cui un politico concluda un accordo con l'associazione secondo cui, in cambio di sostegno elettorale, egli si impegni, una volta eletto, a favorire l'organizzazione criminale.

Esclusa la possibilità di ravvisare in questa condotta, laddove non caratterizzata dalla stabilità del vincolo e da un ruolo determinato all'interno della *societas*, la partecipazione, occorre valutare in che termini si possa configurare il concorso esterno⁵³.

5.3.1. La posizione del politico

Come rilevato in dottrina⁵⁴, l'individuazione di tale figura nel settore in esame si rivela difficoltosa in relazione non tanto ai profili di carattere più propriamente teorico (sono infatti facilmente tratteggiabili i contorni di una vicenda in questa area tematica), ma piuttosto dal punto di vista probatorio, da un lato e dall'altro, sotto il profilo della particolarità del *signallagma*, in cui due parti assumono i rispettivi impegni contestualmente, prima della competizione elettorale, ma poi l'esecuzione degli stessi si perfezioni in momenti differenti (immediatamente l'impegno di far ottenere i voti e successivamente e *sub condicione* quello di procurare i favoritismi).

In giurisprudenza sono individuabili due orientamenti contrapposti, ai quali peraltro vanno affiancate interpretazioni «intermedie», a metà stra-

⁵³ Per un risalente orientamento della Suprema Corte in tal senso cfr. Cass., sez. I, 26 giugno 1992, Battaglini, in *Giust. pen.*, 1992, II, 403.

⁵⁴ Così G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 486.

da tra gli opposti. Secondo il primo⁵⁵, più rigoroso, il concorso esterno si consuma nel momento in cui viene concluso lo scambio delle promesse⁵⁶, posto che il rapporto sinallagmatico non intercorre tra le prestazioni, bensì tra le promesse di prestazioni. È peraltro necessario che l'impegno sia idoneo a contribuire al rafforzamento e al consolidamento dell'associazione (talora peraltro si afferma la sufficienza che l'apporto sia agevolativo, secondo i parametri propri della causalità agevolatrice)⁵⁷.

A sostegno di questa tesi si sottolinea come il procacciamento del voto sia una delle finalità cui può tendere l'associazione e dunque, se la condotta punibile consiste nell'associarsi per conseguire i fini richiamati, il raggiungimento dello scopo non è elemento costitutivo della fattispecie.

Quindi si evidenzia come il bene giuridico tutelato, ovvero l'ordine pubblico, sia leso già dalla circostanza che un'associazione a delinquere sostenga un candidato.

Se si richiedesse il raggiungimento del fine cui mira l'accordo, inoltre, si dovrebbe concludere che il reato è condizionato dal risultato della competizione elettorale.

Aderendo a questo primo orientamento, dunque, si deve concludere che il mantenimento degli impegni da parte del politico sia una condotta susseguente, che può rilevare però sotto il profilo probatorio. Infatti assai spesso l'esecuzione delle prestazioni promesse costituisce un elemento di fondamentale importanza per la dimostrazione del patto e della sua consistenza.

Altra posizione, minoritaria, afferma la necessità di accertare che il patto si sia tradotto in una attività posta in essere dal politico in esecuzione dell'accordo⁵⁸.

⁵⁵ Trib. Palermo, 4 aprile 1998, Musotto, cit.; Trib. Taranto, 1999, Cito, cit., col. 166; Cass., sez. V, 16 marzo 2000, n. 4893, Frasca, cit., col. 80, (in tale pronuncia si afferma che se si ragionasse diversamente, si dovrebbe dire che il reato è condizionato dal risultato della competizione elettorale; invece il bene tutelato – ordine pubblico – è vulnerato solo per il fatto che un'associazione mafiosa scenda in campo a favore di un candidato); Cass., sez. VI, 4 settembre 2000, Pangallo, in *Cass. pen.*, 2001, 2684 (s.m.); Trib. Palermo, 27 gennaio 2001, Scalone, cit., col. 68. Tale orientamento è quello che nella giurisprudenza *ante* Mannino è tendenzialmente prevalso: in particolare la prima sentenza della Cassazione in materia è stata la sentenza Frasca del 2000 e fino alla pronuncia delle Sezioni Unite le sentenze successive si sono ad essa uniformate.

⁵⁶ Per una ricostruzione della dottrina sul tema si veda G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 489, che riporta la prima tesi secondo cui il concorso esterno si sarebbe perfezionato con la mera promessa (e nella versione più recente, mitigata e più vicina alla seconda, solo però a seguito di una valutazione caso per caso che accerti se la mera disponibilità costituisca valido contributo al rafforzamento e alla conservazione del sodalizio) e la seconda, per cui il semplice scambio di promesse non è ancora sufficiente per rilevare come concorso esterno.

⁵⁷ Trib. Palermo, 2001, Scalone, cit., col. 68.

⁵⁸ Trib. Palermo, 27 aprile 1999, Gorgone, in *Foro it.*, 2000, col. 166: in questo caso, peraltro, il politico aveva emesso un decreto di finanziamento di un'opera pubblica gestita dall'organizzazione mafiosa, che però poi non era stata materialmente effettuata.

Nel recente intervento della Cassazione a Sezioni Unite⁵⁹, relativo appunto a un caso di appoggio elettorale in cambio di un sistematico contributo alle attività dell'associazione, si è affermato che già la promessa di attivarsi una volta eletto a favore della Cosca in linea di principio potrebbe integrare un concorso esterno.

La Corte ha peraltro precisato poi come «non basta certamente la mera “disponibilità” o “vicinanza”, né appare sufficiente che gli impegni presi dal politico a favore dell'associazione mafiosa, per l'affidabilità e la caratura dei protagonisti dell'accordo, per i connotati strutturali del sodalizio criminoso, per il contesto storico di riferimento e per la specificità dei contenuti del patto, abbiano il carattere della serietà e della concretezza». Affinché si possa configurare l'istituto, la Corte richiede dunque alcuni requisiti.

In *primis* la serietà e la concretezza degli impegni assunti dal politico, desumibili dall'affidabilità dei protagonisti dell'accordo, dai caratteri strutturali dell'associazione, dal contesto di riferimento e dalla specificità dei contenuti. Quindi però rileva la necessità che all'esito della verifica probatoria *ex post* della loro efficacia causale risulti accertato, sulla base di massime di esperienza dotate di empirica plausibilità, che gli impegni assunti dal politico abbiano inciso effettivamente e significativamente, di per sé e a prescindere da successive ed eventuali condotte esecutive dell'accordo, sulla conservazione e sul rafforzamento delle capacità operative dell'intera organizzazione criminale o sue articolazioni.

In assenza di tale verifica la Cassazione esclude la possibilità di convertire il concorso materiale in un contributo in chiave psicologica, nel senso che verrebbero comunque rafforzati all'interno il senso di superiorità e il prestigio dei capi e la fiducia di impunità dei partecipi e all'esterno sarebbe aumentato il credito del sodalizio.

Dunque la Corte ammette che già il patto possa integrare il concorso esterno, laddove però vi siano concreti indici del fatto che esso rafforzi o consolidi la struttura: in concreto occorre quindi chiedersi se sia davvero ipotizzabile una efficacia eziologica dell'accordo a prescindere dalla realizzazione di singoli atti di favoritismo, posto che nel caso sottoposto all'esame della Cassazione a Sezioni Unite era stato accertato il sistematico appoggio recato dall'imputato alla Cosca.

Parte della dottrina ha dato una risposta favorevole al quesito: in particolare pur emergendo le maggiori difficoltà nell'individuazione di un apporto causale alla vita o al rafforzamento dell'associazione nei casi di semplice promessa, si è rilevato come anche il semplice impegno successivo all'accordo potrebbe contribuire alla vita o al consolidamento della struttura criminale⁶⁰.

⁵⁹ Cass., Sez. Un., 20 settembre 2005, n. 33748, Mannino, (con nota di G. Borrelli), cit., 3732.

⁶⁰ C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, col. 121. L'autore suggerisce di far riferi-

Tuttavia si è altresì specificato come non si possa in alcun modo ritenere che l'accordo concreti un concorso morale nel senso di indurre l'associazione ad utilizzare la propria capacità intimidatrice per esercitare pressioni sugli elettori, posto che vanno tenuti ben distinti il profilo del concorso eventuale nel delitto associativo e nel reato scopo⁶¹.

Solo incidentalmente va ricordato come nella sentenza in esame, al fine di distinguere il concorso esterno dall'ipotesi di cui all'articolo 416 *ter*, si sia affermato, aderendo a un indirizzo consolidato⁶² che essa rappresenta una figura tipica alternativa al modello concorsuale⁶³, estensiva del concor-

mento a parametri quali la qualità della promessa, l'affidabilità e caratura del politico promittente, il contesto in cui i fatti si verificano, la situazione in cui versa l'associazione mafiosa. E porta come esempio di efficacia eziologica del mero impegno il caso in cui un uomo politico di grande influenza e affidabilità si impegni ad aggiustare un processo importante in cui è coinvolto il fior fiore dell'organizzazione criminale: la sola notizia dell'accordo potrebbe avere come effetto immediato quello di bloccare eventuali pentimenti, ridare fiducia agli adepti e, magari, favorire nuovi ingressi nel sodalizio (si noti come i settori individuati nell'analisi non siano «compartimenti stagni», ma si intreccino nella complessità e varietà dei casi concreti).

Nutre alcune perplessità circa la possibilità di considerare rilevante a titolo di concorso esterno la mera promessa: G. DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 11-bis e 11-ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. in l. 7 agosto 1992, in Legisl. pen.*, 1993, 130.

⁶¹ Nel caso di specie si sarebbe potuto eventualmente configurare un concorso eventuale in un ipotetico delitto di procacciamento di voti a mezzo di forza intimidatrice: così C. F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso*, cit., col. 125.

⁶² Si veda, ad. es., Cass., sez. V, 16 marzo 2000, Frasca, in *Foro it.*, 2001, II, col. 80; Cass., sez. VI, 4 settembre 2000, Pangallo, cit., 2684.

⁶³ In particolare la Corte ha affermato che «la scelta legislativa di incriminare con la nuova fattispecie dell'art. 416 *ter* cod. pen. (introdotta dall'art. 11 *ter* d.l. n. 306/1992, conv. dalla l. n. 356/1992, in funzione complementare rispetto al precepto dell'art. 416 *bis*, comma 3, ultima parte, al pari inserito dall'art. 11 *bis* del medesimo decreto legge) l'accordo elettorale politico – mafioso in termini di scambio denaro/voti non può essere intesa come espressiva dell'intento di limitare solo a questa fattispecie l'ambito di operatività dei variegati patti collusivi in materia elettorale con un'associazione mafiosa, negandosi dunque rilievo penale ad ogni altro accordo diverso da quel tipo di scambio. L'esegesi storica – sistematica della disposizione incriminatrice dell'art. 416 *ter* lascia invero intendere che la soluzione legislativa – invece dell'emendamento di largo respiro elaborato al comitato ristretto della Commissione Giustizia della Camera dei deputati – sia stata dettata dalla volontà di costruire una specifica e tipica figura, alternativa al modello concorsuale, sì che (come si è già ritenuto dalle Sezioni Unite, sent. 30/10/2002, Carnevale, cit.) “la relativa introduzione deve leggersi come strumento di estensione della punibilità oltre il concorso esterno, e cioè anche ai casi in cui il patto preso in considerazione, non risolvendosi in contributo al mantenimento o rafforzamento dell'organizzazione, resterebbe irrilevante quanto al combinato disposto degli artt. 416 *bis* e 110 cod. pen.”. S'intende affermare che neppure un'ampia e diffusa frammentazione legislativa in autonome e tipiche fattispecie criminose dei vari casi di contiguità mafiosa (com'è avvenuto, ad esempio, sul terreno del distinto fenomeno terroristico, mediante l'introduzione delle nuove figure del “finanziamento” di associazioni con finalità di terrorismo – art. 270 *bis* comma 1 cod. pen., ins. dall'art. 1.1 d.l. n. 374/2001 conv. in l. n. 438/2001 –, ovvero dell'“arruolamento” e “addestramento” di persone per il compimento di attività con finalità di terrorismo anche internazionale – artt. 270 *quater* e 270

so esterno quando il patto non rappresenti un apporto al rafforzamento e al consolidamento della struttura⁶⁴. Altrove si è precisato che mentre nel concorso esterno si richiede che il politico si impegni a favorire l'associazione una volta eletto, nell'ipotesi di scambio elettorale politico-mafioso tale requisito non è necessario, ed anzi è generalmente improbabile⁶⁵.

Nell'ambito della giurisprudenza esaminata successiva alla pronuncia esaminata sopra, deve essere segnalata la sentenza Tursi Prato⁶⁶, relativa ad un caso di promessa di voti in cambio di benevolenze e favori.

Qui la Cassazione, in adesione al *dictum* della Cassazione a Sezioni Unite, ha affermato che «lo stesso accedere ad un rapporto sinallagmatico che contempla promessa di voti in cambio di disponibilità a futuri favori integra per il politico che ne sia parte la fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa, ove si consideri la volontarietà e consapevolezza dell'accordo e dei suoi effetti».

Secondo i giudici di legittimità è già di per sé l'accordo che avvicina l'associazione mafiosa alla politica, facendola arbitro delle sue vicende elettorali e rendendola consapevole di poter influenzare persino l'esercizio della sovranità popolare, ovvero del suo potere. In altri termini, dunque, sembra che sia individuata una efficacia eziologica già nell'accordo: infatti si precisa che la verifica circa il rispetto degli impegni assunti non sarà necessaria, se non nell'ipotesi in cui non vi sia la prova diretta del patto e questo debba arguirsi dai suoi effetti.

In altra pronuncia⁶⁷, relativa al caso di un soggetto che aveva assunto il ruolo di intermediario tra la Cosca e un medico parlamentare per la raccolta di voti di quest'ultimo, la Cassazione ha affermato che nell'ipotesi di specie non ha alcuna rilevanza il contenuto effettivo dell'accordo e i risultati concreti conseguiti con lo stesso, posto che il contributo causale alla conservazione e al rafforzamento dell'associazione è consistito nel procurare l'incontro; tali elementi, invece, avrebbero assunto rilevanza laddove fosse stato in discussione il concorso del medico nell'associazio-

quinquies cod. pen., ins. dall'art. 15.1 d.l. n. 144/2005 conv. in l. n. 155/2005) sarebbe comunque in grado di paralizzare l'espansione operativa della clausola generale di estensione della responsabilità per i contributi atipici ed esterni diversi da quelli analiticamente elencati, secondo il modello dettato dall'art. 110 cod. pen. sul concorso di persone nel reato se non introducendosi una disposizione derogatoria escludente l'applicabilità della suddetta clausola per i reati associativi».

⁶⁴ Nello stesso senso già C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso*, cit., col. 122. L'autore sottolinea peraltro come sia molto difficile, considerata la grande disponibilità di denaro di cui possono fruire le associazioni, che la dazione da parte del politico di una somma possa costituire un contributo al rafforzamento o al consolidamento dell'organizzazione.

⁶⁵ Cass., sez. III, 23 settembre 2005, n. 39554, Foti e altri, in *Giur. it.*, 2006, 5, 1025.

⁶⁶ Cass., sez. V, 1 giugno 2007, n. 21648, Tursi Prato, in *www.dirittoegustizia.it*.

⁶⁷ Cass., sez. V, 10 maggio 2007, n. 29427, in <<http://dejure.giuffre.it>>.

ne mafiosa. Il fatto che la Corte faccia riferimento, anche se soltanto *incidenter tantum*, ad una eventuale rilevanza dei *risultati concreti* dell'accordo conduce a chiedersi se l'orientamento meno restrittivo sia stato del tutto superato dalla Corte di Cassazione o se invece mantenga ancora qualche spazio di adesione in giurisprudenza.

5.3.2. *Il contributo rilevante nel settore del patto di scambio politico – mafioso*

Con le cautele imposte dalla presenza anche nelle pronunce più recenti di affermazioni quale quella appena riportata (che peraltro compare in via di *obiter dictum* e senza alcun approfondimento ulteriore), si può affermare che la linea di tendenza chiaramente individuabile nell'ambito considerato è quella già emersa prima della pronuncia Mannino con la sentenza «Frasca»⁶⁸, così come precisata e arricchita dalla Cassazione a Sezioni Unite. Secondo la posizione che appare più ragionevole, dunque, non si richiede che l'accordo debba necessariamente sfociare in un esito positivo, esigendosi però che esso abbia i caratteri della serietà e della concretezza in modo da potersi porre come elemento che, a seguito di una verifica *ex post*, sia stato effettivamente in grado di rafforzare la «tenuta» del sodalizio.

Il rispetto degli impegni assunti potrà dunque rilevare ma soltanto a livello probatorio, proprio laddove non si riesca a fornire la prova (già di per sé sufficiente) dell'intervenuto accordo.

5.4. *Gli «altri contributi»*

L'ambito «residuale» degli altri contributi al reato di associazione di stampo mafioso si caratterizza ovviamente per l'eterogeneità dei casi sottoposti all'attenzione dei giudici: si presenta tuttavia utile al fine di indagare in che termini sia applicato il modello di causalità e se sia possibile individuare una linea di tendenza emersa nella giurisprudenza a seguito dell'ultimo intervento della Cassazione a Sezioni Unite.

Va peraltro riconosciuto come anche in questo ambito si possano cogliere delle ipotesi ricorrenti, in qualche modo «tipiche» di concorso esterno.

In un caso di un soggetto che otteneva *il pizzo* da una serie di imprese attraverso una falsa fatturazione (e per questo è stata riconosciuta l'estorsione continuata), la Cassazione ha affermato che il giudice di merito ha correttamente escluso il concorso esterno poiché non era sufficientemente dimostrato il nesso causale necessario richiesto dall'art. 110

⁶⁸ Cass., sez. V, 16 marzo 2000, n. 4893, Frasca, cit., col. 80.

c.p. (*condicio sine qua non*) né lo specifico accordo, in quanto gli effetti del concorso eventuale non possono dipendere nel reato plurisoggettivo dalla sola volontà del concorrente esterno⁶⁹.

Suscita altresì interesse una pronuncia relativa alla condotta di un avvocato accusato di aver contribuito in maniera non occasionale agli scopi del sodalizio attraverso varie condotte quali: prestanome nella intestazione di immobili, partecipazione e finanziamento di varie iniziative economiche, attivazione per sottrarre al sequestro beni di appartenenti all'associazione, tentativi di ottenere consensi elettorali e disponibilità ad appoggiare iniziative politiche e amministrative.

La Cassazione conferma la decisione di assoluzione della Corte d'Appello (quest'ultima motivata sulla necessità di applicare la regola di giudizio enunciata nella sentenza Carnevale circa la prova dello specifico contributo causale alla conservazione e al rafforzamento mediante attività consapevole effettiva e idonea), sottolineando come, secondo quanto insegnato dalle Sezioni Unite del 2005, mancasse la prova per alcune attività della consapevolezza che le imprese erano di appartenenza mafiosa (elemento soggettivo) e che per altre condotte (nella specie lo scambio di favori a fini elettorali) fossero inesistenti elementi dimostrativi di un contributo reale in termini di utilità per l'associazione e i suoi membri, essendo carente la prova di una specifica promessa o comunque essendo di scarsa significatività gli altri elementi evidenziati⁷⁰.

Sembra richiedere l'accertamento dell'efficacia eziologica una pronuncia relativa alla trasmissione di messaggi tra uno dei capi dell'associazione, latitante, e un rappresentante di spicco della stessa, detenuto: in tal caso la Corte ha ritenuto il concorso esterno perché le condotte hanno fornito un contributo consistente all'associazione, garantendo agli esponenti di vertice di Cosa Nostra di mantenere la gestione, anche in situazioni di difficoltà come la latitanza e la detenzione⁷¹.

Nello stesso senso è stato riconosciuto il concorso esterno, in sede di procedimento cautelare⁷², nella attività di trasferimento di un singolo latitante da un nascondiglio all'altro (noleggiando un'auto e affittando un alloggio), riconosciuta come un «tassello indispensabile» per il perseguimento del fine dell'intera associazione.

Anche nell'ambito dell'aiuto prestato all'associazione da esponenti delle forze dell'ordine la Cassazione richiede l'accertamento in termini stringenti: in un caso in cui un poliziotto in servizio presso il Commissariato svolgeva una attività d'ufficio per l'associazione (attraverso il costante

⁶⁹ Cass., sez. II, 14 giugno 2006, n. 3625, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁷⁰ Cass., sez. V, 31 gennaio 2006, n. 23705, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁷¹ Cass., sez. I, 17 gennaio 2007, in *CED Cassazione*, rv 235855.

⁷² Cass., sez. VI, 11 novembre 2008, n. 45292, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

asservimento della funzione agli interessi del clan), la Cassazione, oltre ad affermare il concorso tra il 416 *bis* e il 319 c.p. in quanto posti a tutela di diverse oggettività giuridiche, riafferma il paradigma della *condicio sine qua non*, sottolineando come il contributo, che era a carattere continuativo, consapevole e volontario, avesse avuto una effettiva rilevanza al fine della conservazione e del rafforzamento dell'associazione⁷³.

Sempre nella stessa *species* di contributi, va segnalata la pronuncia emessa dalla Cassazione sul caso «Contrada»⁷⁴. Quest'ultimo, in qualità di funzionario di p.s. alla Questura di Palermo e successivamente di dirigente presso l'Alto Commissariato per il coordinamento della lotta alla criminalità mafiosa e poi presso il Sisde, avrebbe contribuito alle attività e agli scopi criminali di Cosa Nostra. In particolare egli è stato condannato dal Tribunale di Palermo nel 1996 per concorso esterno in associazione mafiosa. Le condotte accertate sono molteplici e, a titolo esemplificativo, consistono nel favoritismo a vantaggio di mafiosi (come il rilascio di patenti di guida e porti d'arma), nell'agevolazione alla latitanza di mafiosi, nella comunicazione di notizie circa le operazioni di polizia, nella frequentazione con indagati o condannati per appartenenza mafiosa, nella elusione di indagini, nell'interferenza in attività di polizia giudiziaria, nell'intimidazione e nel freno alle attività anti-mafia.

Le fonti probatorie ruotano attorno a due poli: 1) le dichiarazioni di collaboratori di giustizia 2) gli elementi conoscitivi di matrice diversa provenienti da ambiti istituzionali e professionali.

La Cassazione riporta i contenuti della pronuncia d'appello che si richiama alla sentenza Mannino del 2005 (contenente principi, a parere della Cassazione, non divergenti dalle pronunce anteriori, ma solo evolutivi).

In particolare si afferma che esso consiste nel contegno di un soggetto che, privo di *affectio societatis* e non inserito organicamente nel sodalizio criminoso, fornisca contributi specifici, consapevoli e volontari (dolo diretto), continuativi o occasionali idonei ad agevolare il fatto criminoso collettivo.

Quindi il concorso esterno viene identificato in una serie di «condotte di agevolazione inizialmente circoscritte quanto ai beneficiari, quindi progressivamente estese e idonee a rafforzare il sodalizio mafioso nel suo complesso, condotte necessariamente sorrette da dolo diretto in ragione della loro natura, ma anche della veste professionale dell'imputato e del bagaglio di conoscenze acquisito».

Nella motivazione la Cassazione afferma che nella verifica del nesso eziologico tra condotta e evento nel concorso esterno è necessario un accertamento postumo di ogni inferenza o incidenza dell'analizzata con-

⁷³ Cass., sez. II, 12 luglio 2006, n. 34193, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁷⁴ Cass., sez. VI, 8 gennaio 2008, n. 542, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

dotta nella vita del sodalizio, con accertamento penetrante e non vanno parcellizzati i singoli elementi, né deve essere offerta una mera visione atomistica dell'intero contesto probatorio. Occorre dunque fornire una valutazione unitaria del materiale probatorio, cercando di cogliere le connessioni e le interdipendenze tra le varie fonti indiziarie.

Vengono riportate a titolo di esempio alcune condotte di contiguità, quali i ripetuti rapporti con esponenti mafiosi, l'avvertimento di operazioni investigative, la disponibilità di un appartamento vicino a un capo mafioso, il rilascio della patente e del porto d'armi e la segnalazione di controlli e perquisizioni.

La Cassazione nega inoltre che nel caso di più dichiarazioni convergenti di collaboratori di giustizia si possa inferire automaticamente la preordinazione delle stesse. Quindi sottolinea la presenza di altre fonti conoscitive di natura dichiarativa inerenti specifici episodi di cui Contrada è diventato protagonista, che hanno autonoma efficienza indiziarie.

In tema di concorso esterno la Cassazione richiama l'approdo della sentenza Mannino, a cui si sono rifatte anche le successive sezioni semplici. Per quanto riguarda l'aspetto oggettivo, e in particolare il contributo reso all'associazione, si sottolinea che l'effetto rafforzativo del sodalizio dell'apporto esterno di Contrada è elevato e deriva dalla semplice percezione in seno all'associazione della sola disponibilità di una figura di spessore come Contrada.

È altresì raggiunta la prova della serietà e concretezza dell'impegno, anche in ragione della posizione apicale rivestita dal capomafia.

È peraltro interessante rilevare come, accanto all'applicazione del paradigma «Mannino», la Cassazione non riesca del tutto ad abbandonare lo schema del «rafforzamento psicologico della *societas*» che deriverebbe appunto dalla consapevolezza della disponibilità di un soggetto di vertice qual è l'imputato.

Un'altra pronuncia riguardava il caso dell'imputato, proprietario di una casa di riposo acquistata con un cospicuo investimento, che la metteva a disposizione come base per un latitante e per svolgere gli incontri dell'associazione: in cambio di ciò egli non era tenuto a pagare il *pizzo* alla *societas*. Ad un certo punto, però, la Cosca, vedendo gli ingenti guadagni, inizia a richiedere un contributo anche a costui.

La Cassazione conferma la condanna e richiama la sentenza Mannino, affermando che in forza del canone interpretativo fornito da tale pronuncia, la raggiunta prova circa la messa a disposizione della casa di riposo per le finalità suddette, integra il concorso esterno⁷⁵.

In un altro caso, relativo alla partecipazione dell'imputato a due sopralluoghi per compiere un attentato dinamitardo, la Cassazione ha escluso

⁷⁵ Cass., sez. II, 23 aprile 2007, n. 18250, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

il concorso esterno, in quanto non risultava accertato il contributo causale al mantenimento e rafforzamento della *societas*⁷⁶.

Dall'altro lato, invece, in un caso di fiancheggiamento e frequentazione di esponenti del clan, di offerta di ospitalità ai latitanti, di ricovero delle auto in autosalone e di favoreggiamento degli incontri dei latitanti in un capannone, la Cassazione ha riconosciuto una partecipazione al reato associativo, posto che il soggetto sarebbe stato compenetrato e appartenente al sodalizio, anche se estraneo ai fatti di sangue compiuti dall'associazione, trattandosi però di un partecipe atipico in quanto né per sangue né per vocazione. In tal caso la Cassazione⁷⁷, dando rilievo a una valutazione globale, riconosce addirittura la partecipazione, ma atipica: viene da chiedersi come essa si possa differenziare dal concorso esterno.

Peraltro l'efficacia causale del contributo va valutata non riguardo ai singoli delitti ma al *patto associativo*. Così nella pronuncia⁷⁸ relativa al caso in cui l'imputato aveva messo a disposizione un immobile per la perpetrazione dell'omicidio che poi non fu realizzato, egli è stato condannato per concorso esterno ed è sorto il problema della sufficienza di tale contributo per ritenere integrato il concorso esterno. La Cassazione sottolinea che «la condotta esaminata non si esaurì nell'offerta dell'immobile, ma in un programma di sostegno ove si rivelasse necessario. Programma a valenza indefinita, ma per ciò non irrilevante nel rafforzamento dell'accordo illecito. Il nesso di causalità tra azione di disponibilità e realizzazione non dell'omicidio ma del patto associativo è apprezzabile e dimostrato sufficientemente. Al contempo la motivazione (della sentenza impugnata) ricorda ulteriori e costanti atti di disponibilità verso il sodalizio ».

Inoltre nella motivazione emerge anche la spiegazione della offerta di disponibilità consistente nella richiesta di protezione per paura di possibili aggressioni verso la propria persona da altra organizzazione da cui si era distaccato.

Va peraltro rilevato come anche in questo settore la pluralità o unicità di episodi, pur avendo una certa importanza⁷⁹ non è sempre determinante (o comunque l'unicità non è preclusiva). Infatti in un caso relativo alla consegna di una sola lettera il concorso esterno è escluso sotto il profilo dell'elemento soggettivo⁸⁰, mentre in un altro, già richiamato, in cui l'avvocato aveva posto in essere varie condotte, il concorso esterno è stato escluso⁸¹.

⁷⁶ Cass., sez. I, 4 maggio 2007, n. 28006, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁷⁷ Cass., sez. I, 9 gennaio 2007, n. 2190, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁷⁸ Cass., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 11018, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁷⁹ Come in Cass., sez. II, 12 luglio 2006, n. 34193, sopra richiamata, relativa al poliziotto in servizio presso commissariato.

⁸⁰ Cass., sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 15197, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁸¹ Cass., sez. V, 31 gennaio 2006, n. 23705, cit.

È interessante il riferimento alla fungibilità delle mansioni fatto in una pronuncia in cui si è negato il concorso esterno del soggetto che, dipendente di un cantiere, miscelando asfalti e inerti in difformità degli standard fissati avrebbe contribuito al profitto della *societas*.

La Cassazione in tal caso ha escluso il concorso esterno facendo riferimento al livello delle mansioni e alla fungibilità delle stesse, affermando che non si può apprezzare alcun nesso tra la preparazione dei conglomerati bituminosi e il consolidamento e la preservazione degli assetti associativi⁸².

Il perseguimento di interessi e vantaggi esclusivamente personali, se sommato alla effettiva e duratura cura degli affari del clan non incide sul riconoscimento del concorso esterno: in particolare la Cassazione⁸³ ha ritenuto l'imputato responsabile per aver prestato una serie di attività a beneficio della Cosca (quale ad esempio quella di dirimere i contrasti per la gestione degli affari), pur continuando a seguire le proprie personali attività connesse allo spaccio di droga.

5.4.1. *L'apporto rilevante nell'ambito degli «altri contributi»*

Nel settore degli eterogenei «altri contributi» sembra dunque di potersi ravvisare una tendenza volta a richiedere un accertamento stringente dell'efficacia eziologica del contributo del singolo rispetto al mantenimento o comunque alla vita della *societas*.

I costanti richiami che le pronunce *post* 2005 fanno alla sentenza «Mannino», lungi dal rappresentare un mero ossequio formale, si caratterizzano dunque come dotati di un effettivo spessore e significato applicativo, a tal punto che talora viene da chiedersi se ipotesi di concorso esterno non possano addirittura integrare gli estremi di una partecipazione al reato associativo (significativo, in questa direzione, è il riconoscimento da parte della Cassazione di una «partecipazione atipica», come evidenziato più sopra).

5.5. *Una linea di tendenza unitaria in tema di contributo rilevante nella giurisprudenza post Mannino?*

Lo scenario che pare delinarsi nella giurisprudenza più recente in tema di contributo rilevante sembra volgere ad una tendenziale conformazione al *dictum* della Cassazione a Sezioni Unite, non solo a livello di

⁸² Cass., sez. I, 15 giugno 2006, n. 28376, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

⁸³ Cass., sez. I, 5 marzo 2009, n. 18177, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

ossequio formale alla lezione impartita dal Supremo Consesso, ma anche sotto il profilo sostanziale.

In particolare emerge una sentita esigenza di selezionare i soli apporti che si pongano come *condicio sine qua non* rispetto al rafforzamento (o mantenimento in vita, nel significato che si è più sopra riportato) della struttura, escludendo o quantomeno limitando il ricorso a formule che valorizzino contributi che ad un'analisi *ex ante* paiano idonei ad agevolare l'azione del sodalizio o addirittura che semplicemente rafforzino il senso di impunità dei singoli membri.

In altri termini, dunque, le indicazioni contenute nella sentenza «Franzese» e poi sviluppate nell'ambito in esame con la pronuncia «Mannino» sembrano condurre alla creazione di un «sotto-sistema» nella verifica della rilevanza del contributo *ex art. 110 c.p.* caratterizzato dal ricorso a criteri dotati di una certa omogeneità, in quanto riconducibili al paradigma di valutazione in termini di causalità condizionalistica, da accertarsi *ex post*, criterio che invece nella giurisprudenza in tema di concorso di persone nel reato non si presenta così univoco e di generale applicazione.

Va comunque precisato come tali considerazioni rivestano una portata tendenziale, per i seguenti motivi.

In primis l'ambito delle condotte integranti il concorso esterno nel reato di cui al 416 *bis* copre situazioni del tutto eterogenee, idonee a condizionare le caratteristiche dei vari contributi rilevanti.

Si potrebbe in altri termini evidenziare come la portata delle «leggi di copertura» che i giudici adottano per l'accertamento *ex post* del nesso eziologico sia differente in relazione ai molteplici ambiti.

Così, come rilevato nelle valutazioni relative ai singoli sotto-settori, nell'interferenza in attività giudiziaria e nello scambio voti contro favori già l'accordo integra il concorso esterno, purché però esso sia connotato in modo tale da presentarsi come effettivo e serio; nell'area della contiguità politico-affaristica si richiede generalmente che vi sia stato un esito favorevole del programma intervenuto, così come nel settore degli «altri contributi» la Cassazione pare particolarmente rigorosa nel valutare come si sia connotato concretamente l'apporto reso e se dunque possa aver eziologicamente influenzato la vita della *societas*, o quantomeno di una sua sotto-articolazione.

In secondo luogo, poi, non mancano affermazioni che limitano, o almeno circoscrivono la portata del ricorso al criterio condizionalistico.

In questo senso mi pare significativa la frequente valorizzazione che nel settore della contiguità politico-affaristica viene fatta del fattore temporale: laddove il concorrente si sia lungamente reso disponibile nei confronti del sodalizio, la Cassazione tende a riconoscere il concorso esterno, indipendentemente dal raggiungimento del risultato avuto di mira (generalmente la concessione di un appalto).

Ciò comporta una deviazione dalla rigorosa applicazione del paradigma causale, per aderire a un modello di tipo più «organizzatorio», che

valorizza la durata del rapporto e che comporta una sovrapposizione o comunque difficile distinzione dalle figure di partecipazione.

6. La posizione dell'*extraneus* sotto il profilo soggettivo

In relazione all'elemento soggettivo che caratterizza il concorrente esterno in giurisprudenza è stato raggiunto un generale accordo su un elemento «negativo»: la cosiddetta *affectio societatis*.

In altre parole l'*extraneus* non deve condividere la volontà di far parte dell'associazione (tipica del partecipe): specularmente gli altri adepti della *societas* non devono avere nei suoi confronti alcuna volontà di inclusione.

In termini positivi, invece, a livello di dolo generico, egli deve volere coscientemente la realizzazione del proprio contributo.

Nella sentenza Mannino⁸⁴ si è peraltro specificato come tale dolo generico debba investire, sul piano della rappresentazione e della volizione, sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica che il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto. Inoltre si specifica che, in altre parole, egli deve rendersi compiutamente conto della efficacia causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione e il rafforzamento dell'associazione, con la coscienza e la volontà di interagire sinergicamente con le condotte altrui nella produzione dell'evento lesivo del medesimo reato. Nella stessa pronuncia si è peraltro precisato che il concorrente esterno deve essere consapevole dei metodi e dei fini dell'associazione.

Inoltre, censurando la pronuncia di appello, la Cassazione fornisce un'importante indicazione in ordine al grado di intensità del dolo del concorrente esterno. Dopo aver rilevato che in alcuni passi l'elemento soggettivo assumerebbe la forma del dolo eventuale (il concorrente esterno accetta il rischio di verifica dell'evento, ritenuto probabile o possibile), sottolinea invece che in relazione alla estensione dell'area della tipicità e punibilità di condotte altrimenti atipiche, è necessario che la realizzazione del fatto tipico mediante l'evento conservazione e rafforzamento dell'associazione sia rappresentato e voluto dal concorrente esterno nel senso sicuramente più pregnante che l'obiettivo del verificarsi del risultato dell'azione criminosa sia accettato e perseguito dall'agente a prescindere dagli scopi ultimi avuti di mira.

Una questione particolarmente controversa non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza, riguarda il quesito se il concorrente esterno debba condividere il dolo specifico del partecipe o invece sia sufficiente

⁸⁴ Cass., Sez. Un., 20 settembre 2005, n. 33748, Mannino, (con nota di G. Borrelli), cit., 3732.

che sia mosso dal dolo generico di apportare il proprio contributo alla vita del sodalizio.

Come è noto la storica sentenza «Demitry»⁸⁵ ha sancito la sufficienza del mero dolo generico, («con la consapevolezza che altri fa parte e ha voglia di far parte e agisce con la volontà di perseguirne i fini»), argomentando sulla ammissibilità di un concorso con dolo generico in un reato a dolo specifico. In particolare tale sentenza ha prospettato l'alternativa che il concorrente esterno agisca o con dolo generico consistente

[...] nella volontà e consapevolezza di prestare un contributo destinato ad agevolare l'associazione criminosa, disinteressandosi della strategia e degli obiettivi dell'associazione o invece che agisca anche con un dolo specifico che però si differenzia da quello del partecipe: in particolare non potrà avere il segmento del dolo consistente nella volontà di far parte ma potrà fornire il suo contributo esterno in taluni casi con la volontà di contribuire ai fini dell'associazione o quantomeno di quei fini che sono coerenti con il contributo da lui prestato, volontà che può essere propria di chi non essendo e non volendo far parte dell'associazione, richiesto di un aiuto lo presta sapendo che, prestato il suo contributo, si disinteresserà delle ulteriori vicende dell'associazione.

La giurisprudenza immediatamente successiva ha tendenzialmente condiviso tale affermazione⁸⁶.

In particolare la prima sentenza «Mannino»⁸⁷, si è limitata a individuare il dolo del concorrente esterno in quello generico consistente «nella coscienza e volontà di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione, rilevando che a carico dell'indagato emerge il dolo generico con la consapevolezza di dare un contributo anche prescindendo e disinteressandosene, magari completamente, dall'efficacia del proprio contributo alle fortune dell'associazione stessa».

Tuttavia in seguito la Cassazione, a Sezione Unite⁸⁸, ha rivisto questa posizione, affermando la necessità che il concorrente esterno apporti un contributo che «sa e vuole sia diretto⁸⁹ alla realizzazione, magari anche

⁸⁵ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, cit., col. 422. In questa pronuncia si è infatti affermato come sia possibile che il concorrente eventuale, pur consapevole di agevolare l'associazione con il suo contributo, possa disinteressarsi della strategia complessiva di quest'ultima e degli obiettivi che essa si propone di perseguire.

⁸⁶ Cass., Sez. Un., 27 settembre 1995, Mannino, cit., 1087; Cass., sez. VI, 27 marzo 1995, Alfano, in *Cass. pen.*, 1997, 983.

⁸⁷ Cass., Sez. un., 27 settembre 1995 (dep. 14 dicembre 1995), Mannino, in *Riv. pen.*, 1996, 33 ss.

⁸⁸ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 22327, Carnevale, cit., col. 453, con nota di G. FIANDACA-G. DI CHIARA.

⁸⁹ Per una lettura peculiare del termine «diretto», letto in collegamento al contributo e non al dolo, si veda C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, cit., 225.

parziale, del programma criminoso del sodalizio». Si è infatti affermato che nel reato di associazione a delinquere «l'evento tipico coincide con la sussistenza e l'operatività del sodalizio, siccome idoneo a violare l'ordine pubblico ovvero gli altri beni giuridici tutelati dalle particolari previsioni legislative, la cui attuazione avviene attraverso la realizzazione del programma criminoso».

In altri termini la Cassazione in questo passo sembra mettere in evidenza un aspetto peculiare relativo al reato associativo: l'evento di rafforzamento o esistenza dell'associazione in sostanza si identificherebbe con il contributo effettivo, magari non subito efficace, al programma criminoso. In altri termini, il programma criminoso non è qualcosa di estraneo rispetto all'evento conservazione-rafforzamento e dunque c'è un nesso inscindibile tra quello che definiamo il dolo generico e il dolo specifico.

Infatti non è ipotizzabile un concorrente esterno che semplicemente sia consapevole che altri ha il dolo specifico del programma criminoso: nel fatto di recare il proprio contributo alla *societas* è insita la condivisione dei fini della stessa, è come se non ci fosse una soluzione di continuità tra i due aspetti

Ciò troverebbe conferma nel fatto che, mentre nella sentenza Carnevale la necessità che il dolo abbia una connotazione di dolo diretto pare riferita al dolo specifico, nella Mannino sembra ricondotta al dolo generico.

Non è quindi possibile «postulare la figura di un concorrente esterno nel cui agire sia presente solo la consapevolezza che altri agisca con la volontà di realizzare il programma di cui sopra».

L'*extraneus* deve dunque, secondo tale ricostruzione, tendere al compimento dei reati fine, almeno in termini di dolo diretto (peraltro, una volta riconosciuta la necessità di perseguire il programma criminoso della *societas*, il fatto che questo non possa essere voluto in termini di mero dolo eventuale si può già affermare avuto presente la tesi dominante circa l'incompatibilità tra dolo specifico e dolo eventuale).

In questo modo il discrimine tra partecipazione e concorso esterno viene a coincidere con la presenza o meno della *affectio societatis*. Tale affermazione è stata confermata dall'ultima pronuncia a Sezioni Unite⁹⁰: in questa sentenza, infatti, si è sottolineato che l'elemento soggettivo deve investire nel momento rappresentativo e volitivo il fatto tipico, il contributo causale recato dalla propria condotta al rafforzamento o conservazione dell'associazione, ben sapendo e volendo che il suo apporto è diretto alla realizzazione anche parziale del programma criminoso del sodalizio. In un altro passo della sentenza, peraltro, si afferma la necessi-

⁹⁰ Cass., Sez. Un., 20 settembre 2005, n. 33748, Mannino, (con nota di G. Borrelli), cit., 3732.

tà che il concorrente esterno sappia e voglia che il proprio contributo è diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio: viene in altri termini riprodotta la formula usata nella sentenza Carnevale per affermare che il dolo specifico si deve presentare almeno in termini di dolo diretto.

In questo modo, dunque, come è stato rilevato in dottrina⁹¹, viene definitivamente abbandonata l'opinione che era stata espressa dalla sentenza Demitry circa la possibilità di un concorrente esterno che agisca con un dolo generico o comunque con un dolo che non si estende necessariamente al programma criminoso.

Si tratta di un approdo di notevole rilievo pratico, posto che per il soggetto che riesca a dimostrare di non essere stato messo a parte degli scopi dell'organizzazione, ma semplicemente di essere stato richiesto di una estemporanea collaborazione, si prospetterebbe una concreta *chance* di evitare l'imputazione di concorrente esterno.

Va tuttavia precisato che la conoscenza dei fini della *societas* non deve essere precisa e dettagliata e comunque va relativizzata, nelle grandi organizzazioni impegnate su più fronti, in riguardo a singoli sotto-settori.

L'analisi delle pronunce successive all'ultimo intervento della Cassazione a Sezioni Unite in tema di concorso esterno permette di affermare che sembra che tendenzialmente la Corte abbia fatto proprio tale insegnamento in tema di elemento soggettivo, ponendo in essere una effettiva applicazione dei principi riportati sopra.

In particolare, infatti, pare emergere una conferma circa la necessità che il dolo del concorrente esterno debba coprire anche la realizzazione del programma criminoso, anche se la Cassazione sembra attribuire maggiore rilievo al profilo della consapevolezza che a quello della volizione, forse (ma è una affermazione del tutto ipotetica) ad evidenziare il diverso livello di compenetrazione del concorrente esterno rispetto alla elaborazione del programma criminoso (anche se, laddove volessimo aderire alla tesi per cui si potrebbe distinguere un concorrente esterno semplice e uno qualificato, questa affermazione sarebbe contraddetta).

Infatti, nel caso di unica consegna di una lettera, il concorso esterno è stato escluso proprio in virtù della circostanza che l'imputato non aveva la consapevolezza di contribuire al mantenimento della associazione⁹²; così nella vicenda del titolare della casa di riposo che la metteva a disposizione perché vi si svolgessero incontri dell'associazione e perché si rifugiasse un latitante, la Cassazione afferma che risulta provato che il ricorrente metteva consapevolmente a disposizione la casa di riposo per i fini suddetti e dunque, come già rilevato dal giudice di secondo grado,

⁹¹ G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, cit., 433.

⁹² Cass., sez. VI, 13 febbraio 2006, n. 15197, cit.

sussisteva la consapevolezza di dare il proprio contributo al conseguimento dei fini dell'associazione⁹³.

Al pari, in una vicenda sottoposta al giudice di primo grado di contiguità politico affaristica in cui il funzionario pubblico del Comune era disponibile alle richieste dell'associazione (in particolare si era adoperato in favore di un intestatario di beni degli associati e aveva fatto nominare un soggetto come progettista; inoltre era intervenuto più volte in favore di altro associato nel procedimento amministrativo e in Consiglio comunale in seguito ad un provvedimento di sospensione dei lavori aveva emesso un provvedimento di concessione in sanatoria), il giudice rileva come il soggetto fosse consapevole di agevolare con la propria condotta gli interessi mafiosi⁹⁴.

In una pronuncia della Cassazione sopra riportata relativa alla messa a disposizione di un appartamento perché si svolgesse un omicidio (che poi non fu realizzato) e in un programma di sostegno più generale, di valenza indefinita, ma ritenuto non irrilevante per il rafforzamento dell'accordo, la Cassazione ravvisa il momento soggettivo sottolineando che la consapevole condotta di supporto in una futura programmazione ove si rendesse necessario concreta il dolo di scopo che caratterizza il concorrente esterno⁹⁵.

In un caso riconducibile agli «altri contributi» in cui un soggetto fungeva da elemento di collegamento tra due clan per estendere il sistema delle estorsioni nel settore della vendita del caffè nella zona di controllo dell'altro clan e in cambio assicurava una percentuale sui proventi della vendita, si è sottolineato come l'elemento soggettivo sussistesse e andasse a coincidere con il consapevole contributo materiale e morale in vista del radicamento dell'organizzazione e della sua espansione economica⁹⁶.

Va inoltre rilevato come trovino conferma anche le precisazioni relative alla forma del dolo (diretto) e alla necessità che esso vada a coprire una serie di elementi. Nella sentenza relativa al caso Contrada, infatti, la Corte d'Appello di Palermo nel 2006, nel confermare la pronuncia di condanna in primo grado, ravvisa come le *condotte* fossero «necessariamente sorrette da dolo diretto in ragione della loro natura, ma anche della veste professionale dell'imputato e del bagaglio di conoscenze acquisito».

La Cassazione, nella motivazione della pronuncia, dal punto di vista soggettivo afferma che, in virtù dello specifico ruolo ricoperto dal Contrada, deve riconoscersi la consapevolezza delle finalità e delle metodiche dell'associazione Cosa Nostra; inoltre si ritiene raggiunta la prova anche

⁹³ Cass., sez. II, 23 aprile 2007, n. 18250, cit.

⁹⁴ Trib. Palermo, sez. Riesame, 9 novembre 2007, cit.

⁹⁵ Cass., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 11018, cit.

⁹⁶ Cass., sez. I, 3 maggio 2007, n. 25762, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

sulla capacità dell'imputato di rendersi conto dell'efficacia causale e del peso dei suoi interventi di sostegno forniti dall'associazione mafiosa, di cui conosce l'organigramma e le modalità organizzative⁹⁷.

Al pari, in un caso in cui l'imputata è stata condannata per concorso esterno poiché manteneva i contatti tra il suocero detenuto (vertice del sodalizio e quindi in momento di difficoltà) e il marito della stessa (il suocero le indicava le persone con cui prendere contatto e invitava a esigere quanto più denaro possibile anche in vista del mantenimento dei membri dell'associazione), la Cassazione sottolinea che è richiesto che il dolo investa gli elementi essenziali della figura criminosa tipica e anche il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, con la consapevolezza di agire sinergicamente con altre condotte. Quindi afferma che il concorrente esterno, «pur sprovvisto dell'*affectio societatis*, deve essere consapevole dei metodi e dei fini della stessa e deve rendersi conto dell'efficienza causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione o il rafforzamento dell'associazione stessa». Nel caso di specie si è però rilevato che l'*iter* logico della sentenza non fosse esaustivo sull'elemento soggettivo e dunque la Cassazione ha annullato con rinvio⁹⁸.

⁹⁷ Cass., sez. VI, 8 gennaio 2008, n. 542, cit.

⁹⁸ Cass., sez. I, 10 luglio 2007, n. 34974, in <<http://dejure.giuffre.it/>>.

IL CONCORSO ESTERNO NEI REATI DI ASSOCIAZIONE TERRORISTICA

di Annamaria Peccioli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza in tema di reati di associazione terroristica. – 3. L'armonizzazione ai parametri internazionali ed europei della legislazione italiana in materia di reati associative e prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa

Obiettivo della ricerca è l'analisi della problematica configurabilità dell'istituto del concorso esterno nei reati associativi terroristici (art. 270 *bis* c.p.). Due sono gli interrogativi a cui si è tentato di dare una soluzione attraverso l'analisi della giurisprudenza di legittimità ancorché di merito: quali fossero le tipologie di condotte che non rientrano in quelle già tipizzate dall'art. 270 *bis* c.p. e quale fosse il rapporto tra le condotte tipizzate dall'art. 270 *bis* c.p., quelle integranti il concorso esterno ed, infine, quelle introdotte con la riforma del 2005 che non presuppongono la creazione di un gruppo organizzato strutturato (quest'ultimo aspetto da realizzare attraverso la verifica del reale valore da attribuire alla clausola di riserva).

L'istituto del concorso esterno non avendo avuto un riconoscimento normativo espresso è stato soggetto nel corso degli anni alle oscillazioni interpretative della giurisprudenza che ha assunto posizioni diverse nell'ambito dei reati di associazione comune (art. 416 c.p.) e di stampo mafioso (art. 416 *bis* c.p.) rispetto a quella tenuta in ragione ai reati di associazione politica e terroristica.

In relazione alle prime sopramenzionate fattispecie un primo intervento chiarificatore si deve ad una pronuncia delle Sezioni Unite¹ che ha identificato nel concorrente esterno il soggetto che collabora con l'associazione in una fase di crisi senza aderire al suo programma criminoso. La giurisprudenza successiva ne ha ammesso la configurabilità fino ad un

¹ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in *Foro it.*, 1995, II, c. 423 ss.

nota pronuncia del 2001² in cui si affermava che il contributo del concorrente esterno offerto alla compagine organizzativa si risolve comunque in una mera partecipazione all'associazione per delinquere stessa.

Nell'ottobre del 2002 le Sezioni Unite³ ristabiliscono l'equilibrio perduto riammettendo la configurabilità del concorso esterno con alcune precisazioni rispetto al tradizionale orientamento: il concorrente esterno, sul piano soggettivo, dovrà avere la consapevolezza che il proprio contributo sia diretto alla realizzazione del programma associativo e, sul piano oggettivo, dovrà mettersi a disposizione della struttura organizzativa non unicamente in una fase di crisi patologica.

A distanza di tre anni le Sezioni Unite con la nota pronuncia Manino⁴ sono nuovamente intervenute per ribadire l'astratta configurabilità dell'istituto in esame: il concorrente si distingue dal mero partecipe in quanto, in primo luogo, non assume un ruolo *dinamico o funzionale* all'interno del sodalizio criminoso ed, in secondo luogo, offre un contributo consapevole ed eziologicamente rilevante ai fini della realizzazione degli scopi del gruppo associativo.

2. La giurisprudenza in tema di reati di associazione terroristica

Da una ricognizione delle più significative pronunce in tema di reati di associazione politica e terroristica si evince un atteggiamento opposto della giurisprudenza in ordine alla configurabilità del concorso esterno: infatti solo la giurisprudenza risalente agli anni settanta del secolo scorso⁵, a cui si deve la creazione stessa dell'istituto in esame, ne aveva inizialmente ammesso la configurabilità del concorso esterno sulla base

² Cass., sez. I., 23 gennaio 2001, Villecco, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2064 ss., con nota di F.M. IACOVELLO, *Concorso esterno in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*.

³ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, pubblicata in *Cass. pen.*, 2003, 3276 ss. Per un commento si veda G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1325 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 124 ss.; C.F. GROSSO, *Un'evoluzione nel segno della continuità*, in *L.p.*, 2003, 685 ss.; M. PAPA, *Il baco del sistema? Il concorso esterno nell'associazione al vaglio delle Sezioni Unite tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *L.p.*, 2003, 697 ss.; G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *L.p.*, 2003, 691 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *L.p.*, 2003, 704 ss.

⁴ Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *Cass. pen.*, 2005, 3732 ss. con commento di G. BORELLI, *Tipizzazione della condotta e nesso di causalità nel delitto di concorso in associazione mafiosa*.

⁵ Cass., sez. I., 27 novembre 1968, Mutter, in *Arch. pen.*, 1970, 8. Per un'analisi approfondita della configurabilità del concorso esterno nei reati di associazione terroristica si veda C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 86 ss.

dell'affermazione della possibilità della punibilità di condotte ulteriori a quelle tipizzate nel caso di soggetti che, pur esterni alla compagine organizzativa, avessero agevolato il mantenimento e la realizzazione del programma delittuoso.

A partire dalla fine degli anni '70 e per tutto il ventennio successivo le condotte precedentemente ricondotte all'istituto del concorso esterno vengono riassorbite dalla figura *omnibus* della partecipazione. L'atteggiamento della giurisprudenza volto ad estendere la portata applicativa delle condotte tipizzate a scapito dell'istituto del concorso esterno ha ricevuto un implicito riconoscimento normativo con la riforma del 2001⁶ che, oltre a modificare il dolo specifico (prevedendo la finalità di terrorismo *anche* internazionale), ha inserito tra le condotte punibili quella del finanziamento. La condotta di finanziamento, che ha rappresentato una novità nel panorama delle fattispecie associative del codice penale (ad eccezione della sola ipotesi *ex art.* 74 d.pr. n. 309/1990 in materia di stupefacenti) assumeva rilevanza penale anche nella giurisprudenza precedente: tale figura rappresentava una delle forme classiche di manifestazione del concorso esterno. La previsione espressa nell'ambito dei reati di terrorismo si giustifica per l'importanza che assume l'apporto finanziario al mantenimento della struttura organizzativa e all'attuazione delle attività terroristiche: l'indicazione espressa della condotta di finanziamento risponde, anche, all'esigenza di dare rilevanza penale a quelle condotte che non possono essere ricomprese nell'alveo della mera partecipazione ma che sono pur sempre sorrette dalla finalità di contribuire all'esistenza del sodalizio criminoso⁷.

La partecipazione rappresenta quella zona di confine tra la contestazione del reato associato e il concorso esterno. Come ribadito anche dalla giurisprudenza di merito è una condotta a forma libera che assume rilevanza penale solo nel caso in cui si traduca in un contributo apprezzabile e concreto all'esistenza e al rafforzamento del gruppo criminale. Non integra gli estremi di una condotta partecipativa la mera adesione

⁶ Riforma attuata con d.l. 374/2001, convertito nella legge 438/2001. Per un commento si veda *ex plurimis* E. ROSI, *Terrorismo internazionale: le nuove norme interne di prevenzione e repressione. Profili di diritto penale internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 150 ss.; C. CUPELLI, *Il nuovo art. 270 bis c.p.: emergenze di tutela e deficit di determinatezza?*, in *Cass. pen.*, 2002, 897 ss.; M. LECCESE, *La nuova associazione terroristica internazionale*, in M. PAPA (a cura di), *Orizzonti della penalistica italiana nei programmi di ricerca dei più giovani studiosi*, Firenze, 2003, 133 ss.; G. FIANDACA, *I reati associativi nella recente evoluzione legislativa*, in G. MELILLO, A. SPATARO, P.L. VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e di terrorismo*, Milano, 2004, 1 ss.; G. FIANDACA, A. TESAURO, *Le disposizioni sostanziali: linee*, in G. DI CHIARA (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, 116 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, vol. II, XIV ed., 2003, 603 ss.

⁷ A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, 2005, 48 ss.

ideologica⁸ ad un programma terroristico se non si sostanzia quantomeno in *seri propositi criminali* diretti alla realizzazione delle finalità associative: solo in questo caso, stante la natura, di reato di pericolo dell'art. 270 *bis* c.p., avrà rilevanza penale senza che sia necessario l'inizio della materiale esecuzione del programma criminoso. La giurisprudenza giustifica la punibilità a titolo di partecipazione della mera predisposizione di atti preparatori alla luce della natura di reato di pericolo dell'associazione terroristica. Sono considerate dalla giurisprudenza forme di manifestazione della condotta di partecipazione, a titolo esemplificativo, il mantenimento di contatti con le cellule poste all'estero; il reclutamento di persone, ed ancora, la predisposizione di documenti falsi.

In alcune pronunce di merito nel 2006 si ritrova un primo richiamo ai principi delle Sezioni Unite del 2005 in tema di concorso esterno: quando nella condotta non si realizza un concreto passaggio all'azione, rappresentato o da un'attività di preparazione all'esecuzione dei reati-fine o dall'assunzione di un ruolo centrale, il soggetto, pur estraneo al sodalizio criminale, potrà rispondere a titolo di concorso di persone. Tale richiamo è più evidente nella nota pronuncia della Suprema Corte⁹ che, dopo aver ricostruito gli elementi costitutivi della fattispecie di associazione terroristica, ha ammesso la compatibilità dell'istituto del concorso esterno con le fattispecie associative terroristiche. A distanza di un trentennio dalle prime pronunce in tema di associazioni politiche, la giurisprudenza torna ad oggi ad ammettere la possibile realizzazione di un concorso esterno che non si traduca necessariamente in una partecipazione nel reato associativo. Possono assumere tale qualifica quei soggetti che, pur estranei alla struttura organizzativa, abbiano apportato un concreto contributo rilevante dal punto di vista eziologico per il rafforzamento, il consolidamento e il conseguimento degli scopi dell'associazione. A tale componente oggettiva deve accompagnarsi per la configurabilità del concorso esterno, la consapevolezza della finalità perseguita dall'associazione a vantaggio della quale si è prestato il contributo.

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione si conforma ai dettami della nota sentenza Mannino, che in motivazione, aveva ricordato come il controverso istituto del concorso esterno potesse comunque rimanere configurabile anche in quelle fattispecie associative in cui è prevista

⁸ *Ex plurimis* Cass., sez. V, 18 luglio 2008, n. 75, *inedita*; Cass., sez. V, 7 dicembre 2007, n. 13038, B. ed altro, *inedita*; Cass., sez. I, 10 luglio 2007, n. 34989, S., in *Guida dir.*, 2007, 76; Cass., sez. I, 10 ottobre, n. 1072, B., in *Cass.pen.*, 2007, 1462 ss.

⁹ Cass, sez. I, 17 gennaio 2007, n. 1072, Per un commento si veda F. VIGANÒ, *Terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica e art. 270 bis c.p. nella recente esperienza giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 2007, 3953; E. ROSI, *Terrorismo internazionale: anticipazione della tutela penale e garanzie giurisdizionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 455 ss. Più recentemente Cass., sez. I, 7 gennaio 2009, n. 75, *inedita*.

una serie frammentata di condotte: è chiaro il riferimento alla punibilità nell'economia dei delitti di terrorismo della condotta di finanziamento e delle nuove figure, introdotte con la riforma del 2005, dell'arruolatore (art. 270 *quater* c.p.) e dell'addestratore (art. 270 *quinquies* c.p.).

La configurabilità del concorso esterno nell'ambito dei reati di associazione terroristica viene revocata in dubbio a seguito della riforma del 2005. La legge n. 155/2005, oltre ad inserire la prima definizione espressa del contenuto della finalità di terrorismo (art. 270 *sexies* c.p.), ha previsto due autonome fattispecie di reato che incriminano rispettivamente le condotte di arruolamento e di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale. Tali comportamenti prima di tale espressa previsione legislativa avevano, comunque, rilevanza penale dal momento che la giurisprudenza le riconduceva nella sfera di applicazione delle condotte tipizzate dalla fattispecie associativa quali forme di manifestazione dell'organizzazione o, quantomeno, della mera partecipazione: si tratta, infatti, di condotte volte al rafforzamento della compagine organizzativa terroristica.

Il *discrimen* tra la condotta di organizzatore (e di partecipante) rilevante *ex art. 270 bis* e le fattispecie di nuova creazione è rappresentato dalla clausola di riserva contenuta nelle suddette ipotesi, che troveranno applicazione solo *al di fuori dei casi di cui all'art. 270 bis c.p.*¹⁰. Il rapporto tra le condotte tipizzate dall'art. 270 *bis* c.p., quelle integranti il concorso esterno ed, infine, quelle introdotte con la riforma del 2005 (che non presuppongono la creazione di un gruppo organizzato strutturato) può essere così ricostruito. Nel caso in cui si dimostrasse l'esistenza del gruppo criminale e l'appartenenza ad esso si configurerebbero le condotte tipizzate dall'art. 270 *bis* c.p.; qualora non si provasse la costituzione di un'associazione le condotte di arruolamento e di addestramento rientrerebbero nelle fattispecie di cui agli artt. 270 *quater* - 270 *quinquies* c.p.

Si potrà configurare il concorso esterno solo quando si dimostrasse l'esistenza del gruppo criminale ma l'estraneità ad esso (sempre con la dimostrazione che i soggetti abbiano apportato un concreto e consapevole contributo eziologicamente rilevante per il rafforzamento, il consolidamento e il conseguimento degli scopi dell'associazione e che siano consapevoli della finalità perseguita dall'associazione a vantaggio della quale si è prestato il contributo).

Un altro settore in cui si può porre il problema della configurabilità del concorso esterno riguarda l'ipotesi delle cd. cellule terroristiche caratterizzate da un'estrema flessibilità interna in grado di operare in appoggio a più organizzazioni complesse operanti anche in più Stati. A livello astratto in capo i soggetti facenti parte di una singola cellula, stante l'estraneità rispet-

¹⁰ Per un'interpretazione dei rapporti tra l'art. 270 *bis* c.p. e gli artt. 270 *quater* 270 *quinquies* c.p. si veda Cass., sez. V, 2 ottobre 2008, n. 39430, *inedita*.

to alla compagine organizzatrice dominante, potrebbero essere considerati concorrenti esterni nel caso in cui abbia comunque offerto un contributo consapevole e casualmente rilevante per la realizzazione del programma criminoso. La giurisprudenza di legittimità¹¹ ha, invece, in ipotesi di tal guisa riconosciuto la configurabilità della condotta di partecipazione dal momento che le cellule non possono considerarsi strutture, seppur rudimentali, esterne alla compagine associativa. I membri delle cellule, anche se arruolati in maniera non organica, entrano comunque a far parte di una struttura associativa: a parere della giurisprudenza più recente l'organizzazione terroristica transnazionale non presenta una struttura *statica* ma ha la connotazione di una *rete in grado di mettere in relazione più persone assimilate da un comune progetto politico-militare che svolge la funzione di catalizzatore dell'affectio societatis e rappresenta lo scopo sociale del sodalizio*.

3. *L'armonizzazione ai parametri internazionali ed europei della legislazione italiana in materia di reati associativi e prospettive de iure condendo*

L'oscillazione della giurisprudenza nel ritenere ammissibile la configurabilità del concorso esterno distinguendola dalla condotta del mero partecipe e la problematica interpretazione del requisito organizzativo (che, come è stato evidenziato, rappresenta il discrimine tra fattispecie associativa, concorso esterno e reati satellite) sono la conseguenza dei limiti strutturali delle fattispecie associative che non si presentano determinate e tipizzate nei loro elementi costitutivi.

Come indicato dalla dottrina¹², le fattispecie associative non si presentano determinate e tipizzate nei loro elementi costitutivi: la caratteristica

¹¹ Cass., sez. V, 11 giugno 2008, n. 31389, B. ed altro, *inedita*.

¹² G.A. DE FRANCESCO, *Prospettive de lege ferenda in materia di criminalità organizzata: un'introduzione*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura di G.A. DE FRANCESCO, Torino, 2001, 9 ss.; G. DE VERO, *I reati di associazione mafiosa: bilancio critico e prospettive di evoluzione normativa*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, cit., 29 ss.; ID., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 385 ss.; ID., *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 93 ss.; ID., *Tutela dell'ordine pubblico e reati associativi*, in *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – problemi – prospettive*, a cura del Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, Milano, 1993, 199 ss.; G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I, Diritto penale, Milano, 2000, 915 ss.; ID., *Dai reati meramente associativi a reati a struttura mista*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del Crs, Roma, 1987, 156 ss.; C.F. GROSSO, *Le fattispecie associative: problemi dottrinali e di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 412 ss.; G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del Crs, Roma, 1987, 107 ss.; ID., *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello Stato*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Roma, 1984, 365 ss.; G. INSOLERA, *Diritto penale*

più evidente del sistema dei reati associativi è l'estrema frammentarietà¹³ (tipica di un diritto penale dell'emergenza) in quanto si sono succeduti nel tempo interventi settoriali, privi di coerenza sistematica, che hanno inserito sia nel codice penale sia in leggi speciali diverse fattispecie incriminatrici. Tale frammentarietà si ripercuote necessariamente sull'effettività e sull'efficacia della tutela penale: la moltiplicazione delle fattispecie associative¹⁴, il cui elemento di specializzazione rispetto alla fattispecie base (art. 416 c.p.) è costituito dalla particolare tipologia del reato scopo, non si è accompagnata ad una più tassativa definizione della struttura organizzativa e degli elementi costitutivi delle singole condotte.

All'epoca della redazione del Codice Rocco l'esigenza di tipizzazione non era apparsa di primaria importanza in quanto le organizzazioni, sussunte nella sfera applicativa delle fattispecie associative, non presentavano una vasta dimensione organizzativa. Ma l'evoluzione della potenzialità offensiva delle nuove realtà associative transnazionali e il sempre più forte legame con la criminalità di tipo economico evidenzia i limiti di applicabilità delle odierne fattispecie associative. La mancata indicazione degli elementi costitutivi ha avallato quell'interpretazione giurisprudenziale¹⁵ in base alla quale si ritenere configurato l'elemento organizzativo della fattispecie associativa finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, ex art. 74 d.pr. n. 309/90, anche con la predisposizione di un apparato rudimentale caratterizzato da un *minimum* di organizzazione stabile.

Alla luce di tale carenza di tassatività può essere utile auspicare che la nostra normativa interna si conformi ai parametri europei ed internazio-

e criminalità organizzata, Bologna, 1996; ID., *Sulle diverse forme organizzate di criminalità, in Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del Crs, Roma, 1987, 147 ss. Più recentemente S. ALEO, *Introduzione al Capitolo Le forme di criminalità strutture e condotte*, in M. BARILLARO (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 19 ss.

¹³ Per S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., Napoli, 1997, 53 ss. L'eccessiva frammentarietà della legislazione italiana dà luogo ad un *caos normativo*. La constatazione dei limiti dell'eccessiva frammentarietà della legislazione penale italiana anti-criminalità organizzata si ritrova anche in G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, cit., 916 ss.; G. FIANDACA, *I reati associativi nella recente evoluzione legislativa*, in G. MELILLO, A. SPATARO, P.L. VIGNA (a cura di), *Il coordinamento delle indagini di criminalità organizzata e di terrorismo*, Milano, 2004, 3 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Prospettive de lege ferenda in materia di criminalità organizzata: un'introduzione*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, cit., 12 ss.

¹⁴ Nell'ordinamento italiano sono previste l'associazione per delinquere (art. 416 c.p.); l'associazione di tipo mafioso (art. 416 bis c.p.); l'associazione finalizzata alla tratta (art. 416, 5° comma c.p.); l'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74, d.pr. 309/1990); l'associazione finalizzata al contrabbando dei tabacchi lavorati esteri (art. 1, l. 92/2001); l'associazione finalizzate al traffico illecito di rifiuti (art. 22, l. 93/2001).

¹⁵ Per una rassegna della giurisprudenza in materia si veda S. GRILLO, *Stupefacenti: nuove norme e "antiche" questioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 407 ss.

nali. Si fa riferimento, in primo luogo, alla Convenzione internazionale sulla criminalità organizzata transnazionale che, nel dicembre 2000, a Palermo, la Conferenza delle Nazioni Unite ha aperto alla firma degli Stati membri. Secondo la nozione convenzionale di criminalità organizzata transnazionale, che si ricava dal combinato disposto dell'art. 2 e dell'art. 5, costituisce un'organizzazione criminale quel gruppo strutturato formato da tre o più persone che agiscono al fine di commettere uno o più gravi reati e per ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio di natura finanziaria o materiale. Il carattere di stabilità permette di distinguere con maggiore precisione un reato associativo da un semplice concorso di persone nel reato in quanto l'associazione non si costituisce temporaneamente per la commissione di determinati reati ma esiste per un periodo di tempo. La nozione convenzionale di gruppo strutturato non richiede una divisione formalizzata dei ruoli né tanto meno una continuità nella sua composizione: perché siano integrati gli estremi del reato non è necessaria la predisposizione di una struttura *ad hoc* con una imponente organizzazione interna, essendo sufficiente utilizzare una struttura preesistente con un impianto di mezzi e di persone rudimentale.

Un limite alla definizione convenzionale è, quindi, rappresentato, dalla mancata indicazione di tale requisito che appare necessario nell'ipotesi di un gruppo organizzato transnazionale, che, per la maggiore potenzialità offensiva rispetto ad un'associazione comune, necessita di una struttura stabile e idonea alla realizzazione dei propri obiettivi criminali e non può non prevedere una distribuzione dei ruoli e delle competenze tra i diversi membri della compagine associativa. L'esclusione di tale requisito è legata al fatto che la definizione convenzionale delle associazioni per delinquere riprende elementi propri di ordinamenti di *common law* (*conspiracy*) e di *civil law* (quali o l'*association de malfaiteurs* francese o l'associazione per delinquere italiana).

Un altro indice della natura mista dell'associazione convenzionale è rintracciabile all'art. 5, in cui si impone agli Stati firmatari di prevedere la rilevanza penale della condotta minima di partecipazione attraverso la predisposizione di due modelli alternativi di penalizzazione. La condotta di partecipazione, richiamandosi al modello anglosassone, può essere integrata dall'accordo tra più persone per commettere un reato grave per il raggiungimento, diretto o indiretto, di un vantaggio patrimoniale o materiale; richiamandosi al modello francese ed italiano, con una definizione tautologica, si fa rientrare nella partecipazione la condotta di chi prende parte alle attività criminali nella consapevolezza della generale attività del gruppo criminoso organizzato.

Tale norma, senza definire gli standard minimi, fornisce una mera elencazione delle forme di manifestazione delle condotte delle associazioni criminali ed unifica, all'interno della figura della partecipazione, un'estrema varietà di condotte (la Convenzione ONU impone agli Stati

membri la rilevanza penale anche di condotte diverse dalla partecipazione quali l'organizzazione, la direzione, la facilitazione, l'incoraggiamento ed il favorire la commissione di un reato grave), che nelle singole legislazioni nazionali dovranno avere una loro autonoma rilevanza penale. Sarebbe, forse, stato opportuno tentare di concretizzare i requisiti essenziali delle condotte per fornire agli Stati membri maggiori punti di riferimento nell'elaborazione delle proprie norme incriminatrici.

A livello europeo la disciplina attuale dei reati associativi, anche terroristici, dovrebbe uniformarsi ai parametri contenuti nella decisione quadro 2008/841¹⁶ approvato a distanza di tre anni dalla presentazione della proposta iniziale a seguito di un *iter* particolarmente travagliato.

In base all'articolo 1 ogni legislazione nazionale dovrebbe prevedere la rilevanza penale di quel gruppo criminale che presenti una struttura che dura nel tempo, composto da un numero di persone superiore a due, che agiscono al fine della commissione di un numero indeterminato di reati per i quali è prevista la pena della reclusione o della privazione della libertà personale non inferiore nel massimo a quattro anni (o con una pena superiore) al fine di ottenere, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico o materiale. Viene, quindi, ripresa, sul modello dell'azione comune, il requisito della strutturazione ma, a differenza degli atti in precedenza analizzati, viene indicato espressamente il limite per la demarcazione tra le fattispecie associative e un mero concorso di persone nel reato (ovvero una struttura non costituita in occasione della commissione di un determinato reato). Anche nella proposta di decisione quadro viene ribadita la necessità che gruppo strutturato non comporta in via assoluta l'articolazione di ruoli: come già indicato, la previsione di tale requisito, che se da un lato semplifica l'accertamento probatorio dall'altro potrebbe rendere ancora più difficoltosa la differenziazione rispetto al concorso di persone nel reato. L'elemento di maggiore novità della proposta di decisione quadro è rappresentato dall'indicazione, all'articolo 2, degli elementi costitutivi delle singole condotte: la condotta di direzione e la condotta di partecipazione. È partecipe, sotto il profilo dell'elemento soggettivo colui che agisce con la consapevolezza di sostenere l'attività dell'organizzazione o per la commissione dei reati, e sotto il profilo oggettivo, l'atto di diritto europeo indica tra le forme di realizzazione della condotta il reclutamento di nuovi adepti, il finanziamento e l'ottenimento di informazioni. Forme di attività partecipativa, che devono trovare espressa previsione nelle singole legislazioni per evidenziare la differenza tra il concorso esterno nel reato associativo e la mera partecipazione ad esso. Ulteriori elementi di novità della proposta di decisione quadro del 2005 sono rappresentati dalla predisposizione di un complesso apparato

¹⁶ Pubblicata in *GUCE*, L. 300, 11 novembre 2008, 42 ss.

sanzionatorio, di circostanze attenuanti di dissociazione dall'individuazione della responsabilità delle persone giuridiche (modellata sullo schema della preesistente decisione quadro in materia di terrorismo).

La normativa italiana ad ora non appare completamente compatibile con i parametri europei ed internazionali: al fine di delimitare gli estremi del concorso esterno è auspicabile che la giurisprudenza si richiami al contenuto della decisione quadro dell'Unione Europea del novembre 2008 per l'integrazione della condotta di partecipazione riconoscendo, alla luce della nota sentenza Pupino della Corte di Giustizia del settembre 2005, alle decisioni quadro, che contengono gli elementi minimi comuni delle fattispecie penali a cui i singoli ordinamenti debbono armonizzarsi, un valore interpretativo delle norme nazionali non sufficientemente determinati.

Una normativa italiana uniforme¹⁷ ai parametri fissati dalla Convenzione Onu e dalla decisione quadro del 2008 dovrebbe prevedere, sul modello del progetto¹⁸ elaborato dalla Commissione Grosso e della consolidata interpretazione dottrinale¹⁹ e giurisprudenziale quale elemento costitutivo delle fattispecie associative la stabilità della struttura organizzativa. L'elemento oggettivo della stabile²⁰ organizzazione consente di differenziare l'associazione per delinquere dal semplice concorso di persone: si avrà concorso di persone nel reato, *ex art.* 110 c.p., quando due o più soggetti si accordano occasionalmente per la realizzazione di un reato determinato senza la predisposizione di un apparato organizzativo stabile e non estemporaneo per la commissione di una serie indeterminata di reati. Per sopperire alla mancata determinatezza delle fattispecie associative potrebbe, anche, essere inserito il requisito dell'adeguatezza in base al quale assumerebbero rilevanza penale quali associazioni per delinquere solo quelle la cui struttura si presenta idonea alla realizzazio-

¹⁷ Per un'analisi del livello di compatibilità della normativa italiana in materia di reati associativi sia consentito un rimando ad A. PECCIOLI, *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*, Torino, 2005, 148 ss.

¹⁸ Si veda *Per un nuovo codice penale*, II, Relazione della Commissione Grosso (1999), a cura di C.F. Grosso, Padova, 2000, 48 ss.

¹⁹ G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I – *Diritto penale*, Milano, 2000, 918 ss.; G. DE VERO, *I reati di associazione mafiosa: bilancio critico e prospettive di evoluzione normativa*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, cit., 34 ss.; ID., *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 385 ss.; DE FRANCESCO, *Prospettive de lege ferenda in materia di criminalità organizzata: un'introduzione*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, cit., 14 ss.

²⁰ Il requisito della stabilità è previsto, anche, tra gli elementi costitutivi dell'associazione per delinquere finalizzata alla realizzazione di reati contro gli interessi comunitari dell'Unione europea, contenuta nel progetto *Corpus juris*, sia nella versione del 1997 sia nella versione del 2000. Per un commento si veda G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, Milano, 2003.

ne del programma criminoso. L'inserimento di tale requisito, che appare eccessivo in merito ad un'associazione comune, appare più opportuno se si sposta l'attenzione sulle associazioni transnazionali che necessitano di una struttura organizzata idonea e funzionale alla realizzazione di reati scopo che ledono interessi di Stati diversi.

Un terzo requisito della riformulata fattispecie associativa, che non è previsto come necessario né dalla decisione quadro né dalla Convenzione Onu, potrebbe essere quello della previsione di un'articolazione dei ruoli all'interno della compagine organizzativa. La sua mancata previsione, che facilita in sede processuale l'accertamento dell'esistenza in concreto di un'associazione transnazionale, ostacola l'individuazione di una linea di confine con il concorso di persone nel reato e non è compatibile con la realizzazione di una base operativa che duri nel tempo ed organizzata in maniera tale da consentire la realizzazione di un programma criminoso transnazionale.

Una volta affermata la necessità di una definizione espressa del requisito organizzativo delle fattispecie associative è necessario sottoporre a vaglio critico anche la limitata tipizzazione delle singole condotte. Una legislazione penale uniforme ai canoni europei ed internazionali dovrebbe indicare con sufficiente precisione quali debbano essere gli elementi oggettivi e soggettivi quantomeno della condotta minima di partecipazione. Una riforma²¹ dei reati associativi dovrà prendere in considerazione la possibilità di introdurre, sul modello dell'articolato predisposto dalla Commissione Grosso e della giurisprudenza prevalente, una disposizione che strutturi la partecipazione quale condotta a forma libera il cui elemento caratterizzante sia rappresentato dal consapevole inserimento nella struttura associativa²². L'indicazione espressa degli elementi costitutivi della condotta di partecipazione, oltre ad aumentare il livello di compatibilità con i parametri internazionali, contribuirà a rendere maggiormente evidente la differenza con altre figure di reato, quali il favoreggiamento (art.

²¹ G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I – Diritto penale, Milano, 2000, 915 ss.; G. DE VERO, *I reati di associazione mafiosa: bilancio critico e prospettive di evoluzione normativa*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura di G.A. DE FRANCESCO, Torino, 2001, 29 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Prospettive de lege ferenda in materia di criminalità organizzata: un'introduzione*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, cit., 17 ss.

²² A differenza del progetto della Commissione Grosso in cui è prevista l'applicabilità di una sanzione autonoma per la condotta di partecipazione, interessante è la recente proposta di S. ALEO, *Introduzione al Capitolo Le forme di criminalità strutture e condotte*, in M. BARILLARO (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, Milano, 2004, 19, che calibra la pena delle condotte alla diversa gravità dei reati scopo, sul modello del Progetto comune europeo. Secondo l'A. la pena per il contributo partecipativo va stabilita nella misura massima di quella stabilita per il più grave reato commesso. Si veda anche S. ALEO, *Sul problema della definizione della criminalità organizzata alla luce della Convenzione di Palermo*, in *Rass. penit. crim.*, 2003, f. 1, 1 ss.

378 c.p.), il reato di assistenza agli associati (art. 418 c.p. – art. 270 *ter* c.p.) e il controverso istituto del concorso esterno, figura creata dalla giurisprudenza per dare rilevanza penale a quei comportamenti di sostegno e di rafforzamento dell'associazione resi da soggetti ad essa esterni.

La riforma²³ dei reati associativi dovrà prendere in considerazione, anche, la possibilità di introdurre, sul modello elaborato dalla Commissione Grosso, una norma incriminatrice costruita come reato a forma libera²⁴, in cui venga prevista la punibilità di chi, pur non essendo membro della compagine associativa, abbia offerto un contributo consapevole e volontario al conseguimento dei fini criminosi e al consolidamento dell'associazione stessa.

La seconda opzione di riforma, che prende a modello alcune proposte dottrinali²⁵, potrebbe consistere nella creazione, ad apertura della parte speciale del codice (in quanto qualsiasi reato potrà realizzarsi nella forma associativa) di una sezione *ad hoc* in cui, per maggiore rispetto della coerenza di sistema, unificare tutte le fattispecie associative ora contenute sia nel codice penale sia nelle leggi speciali. Una prima parte sarebbe dedicata alle disposizioni comuni²⁶ a tutte le fattispecie associative quali la

²³ Tra le proposte di riforma si ricorda: S. ALEO, *Introduzione al Capitolo Le forme di criminalità strutture e condotte*, in M. BARILLARO (a cura di), *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, cit., 34 ss.; G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I – *Diritto penale*, Milano, 2000, 918 ss.; G. DE VERO, *I reati di associazione mafiosa: bilancio critico e prospettive di evoluzione normativa*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura di G.A. DE FRANCESCO, Torino, 2001, 29 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Prospettive de lege ferenda in materia di criminalità organizzata: un'introduzione*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, cit., 14 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *Per una caratterizzazione semantica del concorso esterno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 184 ss.

²⁴ Una soluzione alternativa potrebbe essere quella di inserire una serie di norme, che prevedano reati a forma vincolata, in cui tipizzare i possibili contributi di sostegno all'associazione offerti da soggetti esterni alla struttura organizzativa.

²⁵ G. DE VERO, *I reati di associazione mafiosa: bilancio critico e prospettive di evoluzione normativa*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, a cura di G.A. DE FRANCESCO, Torino, 2001, 29 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Prospettive de lege ferenda in materia di criminalità organizzata: un'introduzione*, in AA.VV., *La criminalità organizzata tra esperienze normative e prospettive di collaborazione internazionale*, cit., 15 ss.; G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, in *Studi in ricordo di G. Pisapia*, vol. I – *Diritto penale*, Milano, 2000, 920 ss.; G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del Crs, Roma, 1987, 107 ss.; ID., *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello Stato*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Roma, 1984, 365 ss.; G. INSOLERA, *Sulle diverse forme organizzate di criminalità*, in *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del Crs, Roma, 1987, 147 ss.

²⁶ Secondo un modello alternativo le definizioni degli elementi comuni a tutte le fattispecie associative potrebbero essere collocate nella parte generale del codice inserendo tra le forme di manifestazione del reato (prevedendo anche un aumento della pena nel caso

definizione degli elementi costitutivi dell'organizzazione (stabilità, articolazione interna dei ruoli e adeguatezza della struttura alla realizzazione del programma criminoso) e delle singole condotte (comprehensive della partecipazione, del finanziamento e del concorso esterno). Dovrebbe inoltre essere inserita tra le circostanze aggravanti quella dell'eventuale dimensione transnazionale della struttura organizzativa: aggravante, esclusa dal giudizio di bilanciamento, che, a differenza di quella prevista dal disegno di legge per la ratifica della Convenzione Onu del 2000, verrà applicata non solo agli autori dei reati scopo ma anche a coloro che, pur non prendendo parte all'esecuzione materiale del programma criminoso, hanno offerto un loro contributo alla creazione e al mantenimento della compagine associativa.

Una seconda sezione sarebbe, invece, dedicata alla previsione di varie fattispecie associative autonome il cui elemento di discriminazione è rappresentato da livelli sanzionatori diversificati a seconda della tipologia dei reati scopo, distinguendo tra delitti e contravvenzioni e tra reati comuni e reati transnazionali. Tale moltiplicazione delle fattispecie associative nel caso in cui una medesima organizzazione realizzasse reati scopo di diversa natura potrebbe sollevare problemi di concorso tra norme, risolvibili con la previsione di clausole di sussidiarietà.

in cui abbia una dimensione transnazionale) l'associazione per delinquere, il cui maggiore disvalore penale rispetto al concorso di persone è rappresentato dalla creazione di una struttura stabile e idonea alla realizzazione di un programma criminoso indeterminato.

RELAZIONE DI SINTESI

di Francesco Palazzo

Sicuramente temeraria fu l'idea di qualificare come «relazione di sintesi» il compito che gli amici e i colleghi partecipanti al progetto di ricerca di cui si è discusso in queste giornate, vollero affidarmi nella mia qualità di coordinatore nazionale di quel programma. A tacere dell'insufficienza delle capacità di chi scrive, le difficoltà della sintesi derivano obiettivamente da almeno due circostanze: l'una per così dire contingente, l'altra strutturale. Quanto alla prima, si noterà che i lavori congressuali sono stati davvero intensi, così che abbiamo oggi agli atti qualcosa come dodici contributi, tra relazioni di base, comunicazioni ed interventi, sul tema della responsabilità nelle attività mediche; quindici contributi, sempre tra relazioni, comunicazioni ed interventi, sull'attività d'impresa; più due comunicazioni che trattano *a latere* il tema criminologicamente talvolta contiguo del concorso esterno in associazioni illecite. Senza contare che non pochi interventi nati come estemporanei si sono poi trasformati in vere e proprie corpose relazioni.

Quanto alla seconda causa delle difficoltà incontrate dal cosiddetto relatore di sintesi, quella strutturale, il discorso si fa necessariamente più articolato. Non c'è dubbio che ad una prima occhiata le tematiche delle due giornate appaiono tra loro fortemente eterogenee: attività medica e attività d'impresa poco hanno in comune, che non sia il rischio per gli interessi da esse coinvolti. Ma anche qui, si tratta di interessi molto diversi e che si pongono in un rapporto assai diversificato con l'attività rischiosa. Da un lato, l'interesse specifico e determinato alla salute del paziente che si pone in un rapporto finalistico consentaneo rispetto all'attività medica; dall'altro, un fascio di interessi molteplici e svariati, interni ed esterni rispetto all'impresa, che si pongono in rapporti altrettanto differenziati con l'interesse economico imprenditoriale, fino all'intensità conflittuale propria dell'interesse forse più rilevante, quello alla sicurezza del lavoro. Dinanzi, dunque, a questo stato di cose il reale compito del relatore di sintesi non può essere tanto quello di trovare categorie concettuali o profili unitari in materie tanto diverse, quanto piuttosto quello di mettere in evidenza il filo comune che ha tracciato la via all'attività di ricerca e che

è stato raccolto e ripreso nelle nostre due giornate di lavori congressuali per essere arricchito e perfezionato da tutti coloro che hanno condiviso lo scopo unificanti l'attività dei gruppi della ricerca.

Prima però di iniziare ad assolvere questo compito così ridimensionato, non posso lasciarmi sfuggire l'occasione per esprimere un duplice ringraziamento. Innanzi tutto, certo, a tutti coloro che, trovandosi qui presenti e partecipando a queste giornate, hanno così onorato il nostro lavoro e questo convegno. Ma poi desidero esprimere un ringraziamento «interno» per così dire, cioè ai colleghi, ai magistrati e ai più giovani studiosi che hanno partecipato ai lavori e alle numerose riunioni preparatorie, a Firenze e a Genova, garantendo tutti senza eccezione un clima non solo proficuamente collaborativo ma anche di convinta condivisione di obiettivi e metodi e, *last but not least*, di cordiale e viva amicizia.

Estremizzando le cose per cercare di far cogliere meglio il filo rosso della ricerca, dirò subito che originariamente i propositi erano ancora più ambiziosi. Avevamo infatti pensato di estendere la ricerca anche ad altre attività rischiose, quali essenzialmente quella della circolazione stradale e quella bancaria (trovandosi di quest'ultima un'eco significativa in una comunicazione pubblicata in questo volume). Così certo l'eterogeneità sarebbe stata ancora più macroscopica. Abbiamo poi accantonato l'idea non già perché dissuasi dalla eccessiva varietà di argomenti, ma molto più prosaicamente per il timore di non riuscire a dominare così tanti campi tematici.

In effetti, la circolazione stradale avrebbe offerto – e chissà, forse offrirà – un campo di osservazione estremamente interessante. Si tratta, infatti, di un'attività in cui innanzitutto le opzioni legislative in tema di contenimento del rischio hanno un'evidente ricaduta sociale di grande ampiezza, trattandosi di attività quantitativamente larghissima e altrettanto largamente incidente su uno spettro praticamente indeterminato di altre attività sociali. In secondo luogo, si constata come l'incremento – o anche solo la sua percezione sociale – del rischio insito nella circolazione stradale stia premendo nel senso di un profondo e forse preoccupante aggiustamento delle categorie giuridiche d'imputazione soggettiva degli eventi infausti, con la nota tendenza all'utilizzazione più disinvolta del dolo eventuale.

Quanto all'attività bancaria, l'interesse a inserirla nella nostra ricerca derivava non solo dall'ovvia constatazione che si tratta pur sempre di attività imprenditoriale, con tutte le connesse difficoltà di attribuire oggettivamente macro-eventi, come sono quelli evidenziati dai recenti scandali e più in generale dalla crisi economica, alla responsabilità di soggetti individuali operanti all'interno di organizzazioni complesse. Ma particolarmente delicato e interessante sarebbe anche stato, sotto il profilo prevalentemente dell'imputazione soggettiva per colpa, il rapporto tra

rischio consentito e rischio illecito in un'attività comunque fortemente caratterizzata da alti tassi di aleatorietà.

A questo punto, credo, emerge già con una certa chiarezza il filo unitario della nostra ricerca che concerne dunque i criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, causalità e specialmente colpa, di eventi infausti rientranti comunque nell'area di rischio di attività socialmente utili. Con l'ulteriore difficoltà derivante dal fatto che molte di quelle attività, e certamente quella imprenditoriale e medica, sono caratterizzate dall'essere svolte mediante organizzazioni complesse, essendo ormai evidenti che anche l'attività medica, sia per la sua complessità tecnica sia per il processo di «pubblicizzazione» subito, non può prescindere da strutture organizzative complesse e dunque anche dalla responsabilità di queste o all'interno di queste. In questo quadro di difficoltà «imputative» derivanti dalla modernità l'istituto del concorso di persone fa da moltiplicatore, accentuando le torsioni subite da causalità, dolo e soprattutto colpa.

Dunque, se il filo unitario del nostro discorso è costituito dagli strumenti dogmatici o tecnico-giuridici che dir si voglia per l'imputazione oggettiva e soggettiva degli eventi infausti che si possono produrre nell'esercizio di attività rischiose, c'è però un'ulteriore consapevolezza che deve fare da *Leitmotiv* delle nostre riflessioni. Non c'è categoria dogmatica che viva di vita tutta sua, che sia cioè del tutto autoreferenziale all'interno del sistema giuridico, quasi che questo si autoalimentasse per una sorta di misteriosa partenogenesi. Tutt'al contrario, imprescindibile è la fecondazione che gli elementi vitali dell'ordinamento ricevono al contatto con le esigenze reali, culturali economiche sociali, degli uomini e della società in cui vivono. Orbene, non c'è dubbio da questo punto vista che le attività medica e d'impresa sono tra quelle che mostrano grandissimo vitalismo sociale, e nelle quali più complessa è la ricerca di quell'equilibrio tra gli interessi coinvolti che deve poi alla fine trovare un riflesso, un rispecchiamento negli istituti di ascrizione della responsabilità per gli eventi infausti: quegli eventi infausti che, sottolineiamolo ancora una volta, sono insiti nell'area di rischio proprio di quelle attività. Attività medica e attività d'impresa non sono, infatti, solo socialmente utili, ma sono anche in crescente sviluppo per il progressivo arricchimento del loro strumentario operativo e, soprattutto, sono oggetto di un processo di crescente loro valorizzazione sociale.

L'attività medica con le sue nuove frontiere ha modificato addirittura il nostro atteggiamento mentale e culturale nei confronti della vita e della morte. Le domande alla medicina per respingere la morte sono diventate non solo più diffuse ma anche più imperiose, così come si vanno facendo pressanti le richieste – faccia della stessa medaglia – per dominare la morte sottraendola alla casualità della natura e chiamandola invece alla propria disponibilità.

Quanto all'attività d'impresa, è ancor più facile rammentare come essa, già prevista nella Costituzione seppure nel titolo dei rapporti economici

e non tra le libertà fondamentali, abbia tuttavia incrementato progressivamente il suo «ruolo» sociale di componente non solo essenziale ma anche del tutto coerente agli interessi generali, così che è finita nell'ombra quella considerazione socialmente conflittuale – e talvolta anche aspramente tale – dell'attività economico-imprenditoriale.

Sarebbe ingenuo pensare che questi grandi movimenti di trasformazione sociale, che hanno coinvolto attività medica e d'impresa, non premessero anche sui limiti della responsabilità penale per gli eventi infausti che si producono nel loro esercizio. Il che significa, nello stesso tempo, che gli strumenti e i processi tecnici di definizione di quella responsabilità non sono come squadra e compasso nelle mani di un buon geometra. Non sono cioè qualcosa di meccanico che dà sempre un risultato matematicamente invariante quale che sia la realtà cui vengono applicati. Ma piuttosto causalità, dolo, colpa, concorso di persone, stanno in una tensione dinamica tra una struttura concettuale essenziale derivante dall'idea stessa di responsabilità – e di responsabilità penale in specie – e le esigenze sociali cui quella responsabilità in concreto non può rimanere estranea. Demiurgo consapevole e inconsapevole di questo fecondo adattamento delle categorie è la giurisprudenza mediante il processo – in senso proprio giudiziario – di applicazione delle norme. Allo studioso rimane il compito, forse residuale ma non meno importante in una collettività democratica, di esplicitare e fare chiarezza su questi meccanismi di metamorfosi delle categorie, sulle dinamiche profonde e sulle ragioni delle trasformazioni, sulle loro compatibilità con i cosiddetti principi fondamentali del sistema (cioè con l'idea della responsabilità).

Questo è stato il vero filo unitario della nostra ricerca, che dunque non dovrebbe soffrire della eterogeneità contenutistica esistente tra attività medica e attività d'impresa. Anzi, rispetto a quell'ambizioso intento unitario l'una e l'altra si pongono come campi significativamente esemplificativi, come ben avrebbero potuto esserlo anche gli altri dell'attività bancaria o della circolazione stradale.

Il tema della responsabilità per gli eventi infausti da rischio terapeutico o d'impresa è divenuto un campo di grandi tensioni, sotto le quali il diritto penale corre il pericolo di collassare. Da un lato, infatti, gli interessi messi in pericolo da quelle attività si presentano ormai sulla scena sociale reclamando una tutela forte essendo usciti da una sorta di stato di minorità. La salute del paziente non è più interamente riassorbita nell'attività medica, secondo lo schema sbilanciato di un rapporto di tipo «paternalistico» che tutto rimetteva e confidava nel terapeuta, ma reclama tutela anche contro le stesse deficienze di quest'ultimo e dell'organizzazione sanitaria. Il declino del rapporto di tipo paternalistico è stato recentemente consacrato, sebbene a proposito del consenso informato,

nella sentenza Giulini delle Sezioni Unite del 21 gennaio 2009, che ha conferito autonoma dignità all'interesse del paziente.

E anche per quanto riguarda il principale interesse a rischio nell'attività d'impresa, cioè quello alla sicurezza del lavoro e alla salute del lavoratore, stanno tramontando i tempi in cui sicurezza e salute dei lavoratori venivano sentiti più come una variabile dipendente del prioritario interesse al profitto dell'impresa nel quadro della più generale necessità dello sviluppo economico ed industriale del paese. Certamente, su questo fronte siamo ancora lontani dal riconoscimento della piena dignità a questi interessi e dunque sono tutt'altro che inopportuni i ricorrenti moniti – anche dal Capo dello Stato – a non abbassare la guardia in questa materia. Tuttavia, non solo è significativo, e in parte anche confortante, notare che le statistiche recentemente pubblicate dall'Inail mostrino un flessione del numero degli infortuni, ma è soprattutto importante l'osservazione degli esperti che la sicurezza del lavoro sta cominciando ad entrare nelle politiche d'impresa come una delle componenti necessarie, almeno delle imprese di più grandi dimensioni. Sicuramente, il quadro complessivo è ancora deludente, ma sembra certo che la sicurezza sul lavoro sia divenuta nella sensibilità sociale un interesse particolarmente significativo e pertanto meritevole di tutela penetrante.

Se, dunque, da questo lato vi è una forte domanda di tutela anche penale di questi interessi, dall'altro però lo strumento punitivo s'incaglia nella *incertezza* delle regole – tecniche e scientifiche prima ancora che giuridiche – necessarie per la gestione controllata del rischio corso da quegli interessi. Un'incertezza che rimbalza pesantemente sui criteri d'imputazione degli eventi infausti, aggiungendo il cosiddetto rischio penale a quello proprio di esercizio dell'attività e determinando così situazioni diciamo di «disagio» negli operatori. Particolarmente evidente è una tal situazione nel campo medico, ma non manca di stendere la sua ombra anche sull'attività d'impresa.

Nella medicina attuale, si verifica un fenomeno apparentemente paradossale. Lo straordinario progresso scientifico e la formidabile innovazione tecnologica conducono alla continua scoperta di sempre nuove leggi scientifiche di spiegazione causale dei fenomeni biologici, con l'apparente conseguenza di guadagnare in certezze etiologiche e dunque anche nell'individuazione delle correlative regole cautelari o *leges artis*. Ma come un Giano bifronte, se per un verso la scienza guardando al passato scopre e chiarisce nel dettaglio processi causali prima ignoti o solamente intuiti, per un altro verso guardando al futuro ogni scoperta costituisce la molla per lanciarsi verso l'incertezza di nuove e più complesse e più numerose ipotesi scientifiche, in misura sempre più che proporzionale rispetto alla acquisizione scientifica appena consolidata. Così che, come in un gioco senza fine, ogni passo verso una maggiore certezza della spiegazione causale è compensato da due passi verso l'incertezza di

nuove ipotesi etiologiche. È affermazione non nostra ma dei medici che la medicina moderna è medicina dell'incertezza.

Qualcosa di simile avviene, seppure in misura ridotta, nel mondo dell'attività imprenditoriale. Limitandosi solamente al problema sicurezza, e lasciando dunque stare le difficoltà nascenti dall'intricata trama organizzativa in cui si distribuiscono il sapere tecnico e il potere imprenditoriale, è bensì vero che qui la tendenza è ad un fissazione rigida delle regole di gestione del rischio. Ma è altrettanto vero che non mancano mai sullo sfondo regole di gestione del rischio dal contenuto estremamente indeterminato, tra le quali annovererei anche quella che fa carico di utilizzare le migliori conoscenze disponibili della scienza e della tecnica.

Questo fardello di incertezze pesa sugli strumenti giuridici di imputazione oggettiva e soggettiva dell'evento e dunque di ascrizione della responsabilità, ponendo il diritto penale al centro di scelte che diremmo drammatiche.

Serpeggia in qualche modo l'idea finanche di un abbandono del diritto penale, in quanto ritenuto incapace di resistere alle torsioni imposte dall'incertezza dominante nella gestione del rischio terapeutico ovvero imprenditoriale. E si profilano ipotesi, da guardare in ogni caso con attenzione ed interesse, di abbandono per così dire esplicito ovvero implicito. Così, specificamente in campo medico, comincia a circolare l'idea di sostituire – almeno in parte – la responsabilità penale con forme di conciliazione o mediazione a carattere riparatorio in modo da alleggerire la giustizia penale da un carico non solo quantitativamente sempre più consistente, ma soprattutto qualitativamente non del tutto coerente coi principi fondamentali e conseguentemente foriero di un «disagio» professionale socialmente controproducente.

Accanto a queste ipotesi di rinuncia esplicita (e che pertanto hanno quanto meno il pregio della chiarezza), circolano ipotesi o soluzioni di rinuncia implicita. Di portata generale, e dunque valida per l'area tanto medica quanto imprenditoriale, è la nota tesi che vorrebbe l'accertamento causale ispirato esclusivamente alle leggi cosiddette universali (che a rigore come tali non esistono) o alle leggi statistiche con tasso di frequenza prossimo a 1. Ormai sono così numerose le obiezioni dogmatiche, epistemologiche e politico-criminali rivolte contro tale teorica che qui è sufficiente rammentare quest'ultima solo come un esempio di rinuncia appunto implicita alla tutela penale per gli interessi coinvolti nell'esercizio delle attività rischiose.

Di notevole interesse è, invece, quella rinuncia implicita che è stata consacrata legislativamente nella previsione e disciplina della responsabilità degli enti, con riferimento ovviamente al solo rischio d'impresa. E parlando di «rinuncia» a proposito del decreto legislativo 203/2001, intendiamo non tanto riferirci al fatto che la responsabilità degli enti è

stata qualificata come formalmente «amministrativa», quanto piuttosto ad un dato assai più sostanziale e rilevante. Vogliamo cioè alludere ad una vera e propria diversità di paradigmi di controllo del rischio. Tutto il sistema della responsabilità dell'ente ruota – come il mondo imprenditoriale non ha mancato di percepire – intorno ai cosiddetti modelli organizzativi. Ebbene, stando a come è congegnata la legge, l'esistenza di un efficace modello organizzativo consente di escludere la responsabilità para-penale dell'ente. Il che significa in fondo che il ruolo attribuito ai modelli organizzativi finisce per spostare l'asse della tutela dallo schema della responsabilità penale necessariamente *ex post* ad uno schema di controllo preventivo che in linea di principio prescinde dal problema imputativo e dalla incertezza dei relativi criteri e strumenti. Vedremo peraltro che la prassi giurisprudenziale non è detto si adegui supinamente a questo spostamento di paradigmi di controllo del rischio imprenditoriale, ma ciò nondimeno la comparsa del nuovo modello è di per sé significativa della ritenuta inadeguatezza del tradizionale modello penalistico di responsabilità individuale.

Ebbene, a fronte di questi variegati atteggiamenti rinunciatari dell'utilizzazione dello strumento tradizionalmente punitivo, nella concretezza della prassi rimane per contro incombente la responsabilità penale personale. Anzi, l'incertezza dominante nei criteri d'imputazione oggettiva e soggettiva finisce per essere convertita in causa di un innegabile rigorismo giurisprudenziale. A sua volta, la miscela incertezza scientifica/rigorismo giurisprudenziale genera negli operatori la convinzione che si finisca così per accollare loro interamente il rischio, compreso spesso quello lecito, insito nell'attività. La responsabilità penale personale finisce così per diventare il terreno di un vero e proprio conflitto quasi culturale prima e più che politico tra chi quel rischio deve gestire nell'esercizio dell'attività e chi quella gestione del rischio deve controllare mediante il diritto penale. Certo, ci sono tutte le premesse perché quel conflitto sia ineliminabile e per così dire fisiologico: in effetti, è difficile disconoscere che, mentre gli operatori debbono tenere sotto controllo il rischio valutandolo *ex ante*, la magistratura interviene sempre con un controllo *ex post*. E gli elementi per la valutazione/controllo del rischio non possono che essere molto diversi. Le maggiori difficoltà per gli operatori derivano dal fatto che il medico è *troppo vicino* alla fonte di rischio per poterne coglierne tutte le componenti, tendendo il suo sguardo a concentrarsi sulla fonte più immediata e maggiormente attiva; mentre l'imprenditore è *troppo lontano* dalla fonte di rischio per poterla sempre adeguatamente controllare. Al contrario, il magistrato e con lui il consulente tecnico godono di una migliore posizione prospettica, dalla quale è possibile spingere lo sguardo verso tutti gli elementi incidenti sul rischio e sulla sua intensità. Ma il fatto è che, muovendo da queste premesse di una fisiologica diversità di prospettiva, il sopravvenuto incremento del tasso d'incertezza scientifica e le sue ric-

dute sui criteri imputativi hanno finito per trasformare quella differenza prospettica in un conflitto dai caratteri patologici.

È per queste fondamentali ragioni che, sia durante lo svolgimento della nostra ricerca sia soprattutto in questo congresso, abbiamo voluto la presenza della due voci realmente protagoniste delle tensioni che si creano nel campo della responsabilità penale per gli eventi infausti delle attività rischiose: la giurisprudenza da un lato, e chi quelle attività svolge, dall'altro. Questo ci è sembrato il modo migliore per evitare l'autoreferenzialità di una ricerca tutta interna al sistema penale e per assicurare invece l'osmosi tra le categorie penalistiche e le esigenze sociali cui esse ineludibilmente sono serventi.

Tornando ora alle ipotesi di rinuncia, soprattutto esplicita, al diritto penale in ragione delle difficoltà di utilizzare i criteri imputativi oggettivi e soggettivi in campi di attività in cui la modernità crea larghi margini d'incertezza nella valutazione del rischio, esprimerò subito la mia contrarietà a tale prospettiva rinunciataria. Si possono indubbiamente escogitare vari meccanismi *preventivi* idonei a incrementare maggiore correttezza e capacità nella valutazione/gestione del rischio: e in questo senso si muove la disciplina pubblicistica e privatistica delle attività medica e d'impresa attraverso la creazione di comitati *ad hoc*, attraverso lo scambio di informazioni, attraverso la redazione di linee guida, e così via dicendo. Ma, l'importanza dei beni in gioco mi pare che impedisca, già proprio sul piano costituzionale, l'abbandono di quella prevenzione *forte* offerta dal diritto penale, che è ad un tempo generale ed indifferenziata in quanto potenzialmente rivolta a tutti gli esercenti le attività rischiose, ma anche individuale e personale in quanto potenzialmente raggiunge ciascun soggetto agendo sulle sue motivazioni individuali all'osservanza della norma. Senza contare, poi, che è molto verosimile che l'obbligo di tutela penale discenda anche dalle carte e dai documenti internazionali che sono ormai in grado di vincolare i legislatori nazionali all'assunzione dello strumento penale per la protezione degli interessi fondamentali quali sono certamente quelli di cui qui si tratta.

In secondo luogo, volendo potremmo anche allargare l'orizzonte ed indugiare sul carattere tendenzialmente antistorico della pretesa di fondare le regole comportamentali traendo esclusiva ispirazione dal principio di causalità. Sembra al contrario che proprio le esigenze della modernità non siano più fronteggiabili coi soli parametri di stampo logico-naturalistico, rivelandosi indispensabile il ricorso a parametri più discorsivi e contestuali offerti piuttosto dall'etica del comportamento. E anche il diritto penale, alla fine, non può sfuggire a questa dialettica tra naturalismo e normativismo che oggi sembra inclinare piuttosto verso quest'ultimo. Certamente, ammesso dunque che il diritto penale non può rimanere immutato nella temperie culturale che scuote soprattutto l'Occidente, deve rimanere ferma la sua fisionomia di fondo fin quando ancora si parli di responsabilità e si utilizzino strumenti punitivi. Questo è il punto e questa è la sfida.

A questo punto mi parrebbe di poter dire che il vero *fil rouge* che lega tutto il nostro discorso, come è anche venuto emergendo dalla maggior parte dei contributi congressuali, è costituito dalla contrapposizione tra regole *aperte* e regole *chiuse* di valutazione/gestione del rischio al fine di individuare gli eventi ascrivibili a responsabilità in quanto ricadenti nell'area del rischio illecito. Se le regole aperte consentono una valutazione/gestione concretizzata e dunque sensibile a tutte le particolarità concrete con cui si può manifestare la fonte del rischio, le regole chiuse garantiscono una migliore standardizzazione dei livelli del rischio consentito e ne permettono così anche una tendenziale elevazione. Indubbiamente, l'osservanza e l'applicazione delle regole chiuse possono apparire semplificate e contrassegnate da maggiore certezza. Tuttavia, non è da escludere – per contro – che la loro rigidità finisca poi per correre il rischio di essere «forzata» in presenza di situazioni concrete non previste ma implicanti una accentuata valenza assiologica di tutela, con la conseguenza di riaprirsi ad una standardizzazione non del tutto calcolabile dagli operatori. Le regole aperte, da parte loro, sembrerebbero maggiormente in grado di realizzare una tutela efficace proprio per la loro possibilità di adeguarsi alle concrete peculiarità della fonte di rischio: però è anche vero che, laddove si manifesti la necessità politico-sociale di mandare un messaggio forte per l'innalzamento degli standard di sicurezza, più idonee appaiono le regole chiuse di natura legislativa.

L'attività di impresa tende a reclamare soprattutto certezza degli standard di valutazione/gestione del rischio e, dunque, a prediligere regole tendenzialmente chiuse. E ciò è del tutto comprensibile, se si considera che l'esigenza prioritaria non sembra essere tanto quella del contenimento dei costi della sicurezza, quanto quella di poterli calcolare preventivamente, cioè di sapere previamente e con certezza «cosa si deve fare»: almeno questo vale per le imprese sane. Tuttavia, è anche vero che, in caso di violazione, la domanda diventa quella di un'applicazione della regola che possa tener conto della complessità organizzativa dell'impresa e della differenziazione delle varie posizioni di effettivo, reale, concreto potere di adeguamento allo standard.

D'altra parte, l'attività medica tende a reclamare un accertamento della responsabilità che tenga conto della impossibilità di standardizzare completamente a priori il comportamento di valutazione/gestione del rischio, essendo l'atto medico qualcosa di assolutamente unico ed irripetibile imperniato sulla considerazione complessiva del paziente e della situazione di contesto. Ma questa «apertura» della regola cautelare, una volta trasposta in sede di accertamento processuale della violazione, viene per lo più maneggiata dalla giurisprudenza al fine di incrementare l'efficacia della tutela, permettendole di trovare sempre – *ex post* – la regola individuale che avrebbe potuto assicurare una migliore valutazione/gestione del rischio clinico e terapeutico.

Nella realtà applicativa mi pare che le regole aperte tendano ancor oggi a prevalere su quelle chiuse. Sono infatti numerose le manifestazioni e gli istituti in cui l'imputazione dell'evento infausto avviene attraverso una valutazione del rischio che tiene conto di un complesso a priori sostanzialmente indeterminato di elementi di fatto. Anche se non ha costituito oggetto dei lavori di questo congresso, non par dubbio che una prima e molto rilevante manifestazione di quanto stiamo dicendo vada riscontrata nella consolidata tendenza giurisprudenziale a convertire la colpa stradale, per definizione una delle forme in apparenza più emblematiche di colpa specifica, in colpa generica: è noto a tutti come l'osservanza delle regole di comportamento positivizzate nel codice della strada non esclude mai la possibilità di invocare la generica regola prudenziale del caso concreto.

In secondo luogo, e venendo così alla materia propriamente oggetto del nostro convegno, è stato messo in luce proprio qui come, sebbene ormai non manchino protocolli medici di comportamento, tuttavia l'ascrizione della responsabilità in giurisprudenza tenda a farne a meno per ricostruire solitamente la regola in relazione ai parametri aperti offerti dall'«agente modello» seppure integrati per mezzo del sapere scientifico dei consulenti. Peraltro, senza avere qui il tempo di un'analitica rassegna giurisprudenziale per la quale si rimanda alle specifiche relazioni, si ha come l'impressione che la giurisprudenza stia lentamente maturando un orientamento più attento alla presenza eventuale di regole più rigide e puntuali.

Viene poi il grande tema dell'accertamento causale. Sembra corretto ritenere che il giudizio di tipo prognostico predittivo (a struttura sostanzialmente «aperta») non solo si accompagni a quello diagnostico esplicativo (a struttura sostanzialmente «chiusa»), ma addirittura con esso si compenetri in più punti. Intanto, ci pare chiaro che nei casi di conclamata condotta omissiva l'accertamento causale non può che essere – se non proprio completamente – prevalentemente ipotetico probabilistico almeno per quanto riguarda più specificamente l'efficacia concretamente impeditiva se non la ricostruzione, pure necessaria, di come effettivamente «sono andate le cose». Ma il fatto è che anche nell'accertamento della causalità attiva s'insinuano momenti di carattere probabilistico e predittivo. Proprio in campo medico, a parte gli esempi estremi del bisturi che erroneamente recide un'aorta, spesso accade che il fattore causale positivo assuma rilevanza in quanto accompagnato da un contestuale fattore omissivo. Come nel caso di somministrazione di un farmaco che si rivela fatale per aver *omesso* il medico di verificare la sua compatibilità con altri farmaci o con altre patologie del paziente: e dunque, per via dell'omissione, tornano in gioco giudizi probabilistici. Ancora, ed infine, posta la legittimità del ricorso a leggi causali di copertura di carattere statistico, il probabilismo viene necessariamente ad interessare tutti i casi di utilizzazione della legge probabilistica, ancorché utilizzata per l'esplicazione dell'efficacia causale di una condotta attiva. Con le ovvie

ma fondamentali precisazioni che il probabilismo causale di una azione è ammissibile in primo luogo entro i limiti della famosa «credibilità razionale» e, in secondo luogo, quando esso dipende non già da deficienze probatorie in ordine alla ricostruzione della concreta catena causale ma è insito nella legge di copertura.

Ma anche nel campo della responsabilità all'interno dell'impresa è forte la presenza di regole sostanzialmente aperte, nonostante qui si constati per ovvie ragioni una maggiore propensione specie del legislatore all'utilizzazione di regole più chiuse. In particolare, rispetto ad attività suscettibili di produrre risultati macroscopicamente dannosi è direi naturale – se non addirittura costituzionalmente doveroso – assumere un orientamento «precauzionale» che si attesta su un probabilismo causale del tutto aperto in quanto sostanzialmente sconosciute ne sono le reali dinamiche.

E così pure la stessa pur meritoria opzione politica di coinvolgere l'imprenditore nella formulazione delle regole di valutazione/gestione del rischio sicurezza per i lavoratori, esprime in fondo una tendenza legislativa a rinunciare a irrigidire le regole prevenzionistiche in formule predeterminate, rimettendole ad un'istanza più adattabile alle esigenze concrete seppure in fase preventiva piuttosto che applicativa.

Davvero macroscopica e del tutto nota è infine l'irruzione di regole aperte, o apertissime, allorché la giurisprudenza configura, in campo imprenditoriale, obblighi straordinariamente generici che tendono ad identificarsi più con la semplice posizione di garanzia che con precetti comportamentali predeterminati: il ricorso all'art. 2087 c.c. ne è l'esempio più evidente ma certamente non il solo.

Quanto invece alle regole chiuse, indubbiamente non ne mancano esempi significativi. Tuttavia, ci pare di poter constatare la presenza di un costante pericolo della loro erosione: come se fosse sempre in agguato una forza contraria diretta alla loro sostanziale neutralizzazione e conversione in regole aperte. Sul piano della causalità, ad esempio, risponde al paradigma proprio delle regole chiuse l'imputazione dell'evento che possa essere effettuata sulla base di giudizi diagnostici od esplicativi, in quanto capaci di offrire una risposta in termini binari di «aut/aut». E così pure lo sforzo legislativo, indubbiamente meritorio, di individuare i soggetti titolari della posizione di garanzia della sicurezza sul lavoro, sia mediante indicazione delle qualifiche che mediante la previsione normativa delle condizioni di efficacia della delega di funzioni, ne è un ulteriore importante esempio: anche qui ai parametri aperti fondati sull'accertamento in concreto degli effettivi poteri di cui il soggetto dispone nella compagine organizzativa, si sostituiscono quelli legislativi maggiormente formalizzati. Qualcosa di simile si può dire in fondo anche per il ruolo giocato dai modelli organizzativi nella dinamica della responsabilità degli enti. In effetti, l'efficacia impeditiva od esclusiva della responsabilità attribuita all'adozione – rispettivamente preventiva o successiva – del

modello organizzativo tende a sostituirsi all'accertamento in concreto dell'illecito sulla base della mera presenza di un modello organizzativo astrattamente efficace: ed è peraltro evidente la maggiore «apertura» del giudizio sull'effettiva presenza dei requisiti indicati dall'art. 5 del d.lgs 231/2001 rispetto a quello sulla efficacia del modello.

Ma, come si diceva, nella «chiusura» di queste regole, spesso legislative, d'imputazione dell'evento si constata sempre la presenza di un breccia che apre alla possibilità di larghe erosioni da parte del giudizio imputativo effettuato dalla giurisprudenza. Già s'è visto che l'accertamento causale mescola spesso a giudizi diagnostico-esplicativi componenti probabilistico-predittive. L'individuazione legislativa dei soggetti responsabili, poi, non può fare a meno di una sorta di clausola di salvezza diretta ad aprire la sfera della responsabilità nei confronti anche di quei soggetti che sono dotati solo in via di fatto del potere impeditivo dell'evento. L'efficacia del modello organizzativo nel senso di escludere la responsabilità dell'ente è, infine, subordinata al giudizio – necessariamente «aperto» – sulla «efficacia» dello stesso, ed abbiamo constatato come allo stato siano rari i casi in cui l'adozione del modello sia stata valutata idonea ad accantonare il concreto accertamento dell'illecito.

Le regole chiuse non hanno però il solo inconveniente, anzi meglio: limite, di essere per lo più esposte al rischio di larghe breccie che ne minano il carattere chiuso. Esse portano seco anche qualche ulteriore potenziale svantaggio, peraltro non facilmente eliminabile. Se davvero assunta nella sua incondizionata rigidità, la regola chiusa può comportare il rischio, alla fine, di sostituire all'imputazione effettiva dell'evento delle formule presuntive, così che l'evento finisca per assumere il ruolo in sostanza di una mera condizione obiettiva di punibilità. Ma vi è poi il rischio di un ulteriore inconveniente, ancorché di natura completamente diversa e cioè per così dire politico-istituzionale. In effetti, qualora lo sforzo di stringere in regole chiuse i criteri imputativi dell'evento si spinga oltre certi limiti, all'evidente scopo di sottrarre alla giurisprudenza l'utilizzazione di regole ritenute troppo aperte ed indeterminate, si assisterà quasi fatalmente ad un comportamento reattivo della magistratura, teso a recuperare spazi allargando ulteriormente le breccie aperte. Un consimile risultato produce a sua volta una situazione di più o meno latente conflittualità tra il legislatore, che «chiude», e la giurisprudenza, che forza per «aprire»: a sua volta, questa conflittualità accresce l'attuale generale e pernicioso clima di tensione tra politica e giustizia penale. E che in effetti sia così, che vi siano stati improvvidi tentativi di chiudere eccessivamente le regole d'imputazione proprio nei campi delle attività oggetto del nostro convegno, è mostrato dalle progettate modifiche in tema addirittura di causalità che fecero la loro comparsa nel progetto di decreto correttivo del testo unico sulla sicurezza del lavoro e in un progetto parlamentare in tema di responsabilità medica. Il che ovviamente non esclude che le esigenze sostanziali, si

direbbe di «disagio» delle professioni, da cui quei progetti muovono non siano meritevoli di rispetto e di attenzione.

Dunque, si deve concludere nel senso di un inevitabile «protagonismo» della giurisprudenza nel maneggiare le regole d'imputazione dell'evento infausto prodottosi nell'esercizio di attività rischiose socialmente utili? Dunque, si deve ritenere che vi sia una implicita tensione tra organi dotati di diversa legittimazione costituzionale nel compito di concreta determinazione dell'area di rischio consentito, e pertanto del bilanciamento tra interessi fondamentali? Non è escluso che la risposta a questi interrogativi finali debba essere tendenzialmente affermativa, anche se subito accompagnata dalla ferma e forte avvertenza che, se così è, altrettanto necessari debbono essere gli sforzi per introdurre correttivi di equilibratura del sistema. Il tutto, però, nella premessa – a nostro avviso non meno incontestabile – che le regole aperte sono quelle che potenzialmente consentono, da un lato, una maggiore efficacia di tutela di questi interessi in fondo deboli e che, dall'altro, possono assicurare una migliore personalizzazione della responsabilità penale.

E allora il problema è quello dei contrappesi equilibratori. Con la consapevolezza, peraltro, che non sono possibili soluzioni miracolistiche ma solo correttivi generici destinati ad operare nel senso di un equilibrio complessivo del sistema. A noi pare, innanzitutto, che, una volta confermata l'opzione penalistica della tutela, i criteri d'ascrizione della responsabilità penale debbano essere maneggiati in modo da non svilire uno dei caratteri davvero fondamentali del diritto penale: la colpevolezza, e il giudizio di «seria» rimproverabilità che vi sta sotto. Conseguentemente, ci parrebbe necessario nella pratica applicativa un rafforzamento dell'attenzione dedicata specie dalla giurisprudenza all'estremo della conoscibilità da parte dell'autore della regola comportamentale da lui violata. Su questa linea, soprattutto laddove si tratti di fonti e situazioni di rischio difficilmente valutabili *ex ante* com'è nell'attività medica, non vedremmo male un recupero della nozione di colpa grave, da valutarsi alla stregua di tutta una serie di parametri di contesto e personali, ulteriori a quelli desumibili dalla mera ed obiettiva situazione di rischio. In breve, l'«agente modello» dovrebbe subire un processo di avvicinamento all'agente concreto nel momento dell'accertamento della cosiddetta misura soggettiva della colpa.

In secondo luogo, ci parrebbe essenziale non «lasciare sola» la giurisprudenza nel maneggiare le regole aperte d'imputazione. Da un lato, crediamo assolutamente indispensabile un ampio e diffuso lavoro di conoscenza, razionalizzazione e sistemazione dei criteri e delle linee di tendenza che si manifestano nel lavoro di una giurisprudenza, specie di legittimità, che ormai tende ad essere sempre più consapevole e riflessiva. E a questo proposito si manifestano chiaramente gli intenti e si segnalano i risultati di questa nostra ricerca e di questo nostro convegno, tutti

tesi ad estrarre dall'attività giurisprudenziale le regole, certo tendenziali e pur sempre elastiche d'imputazione dell'evento, come sono venute concretizzandosi e specificandosi nell'utilizzazione quotidiana delle regole aperte. Cercando altresì di mettere a nudo quelle ragioni sostanziali, necessariamente non esplicitate nelle sentenze, che però soggiacciono al lavoro di concretizzazione giurisprudenziale delle regole aperte. Senza indulgere a improprie assimilazioni con gli usi di paesi dalle diverse tradizioni giuridiche, non vedrei male il potenziamento di una letteratura giuridica – già circolante peraltro – dedita a confezionare repertori non già di giurisprudenza «secca» bensì delle regole imputative, che nei diversi campi di attività e nelle diverse fattispecie più ricorrenti la giurisprudenza tende a standardizzare nella concretizzazione delle regole aperte. La disponibilità di consimili strumenti scientificamente rigorosi e meditati sarebbe un primo fondamentale modo per non lasciare sola la giurisprudenza, consentendo innanzitutto ad essa stessa e poi all'intera comunità giuridica di assumere migliore consapevolezza critica dei criteri imputativi concernenti l'esercizio delle attività rischiose.

Dall'altro lato, il giudice non deve essere solo nel processo. Qui il discorso è delicato perché sostanzialmente culturale. Proprio perché le regole sono aperte e si concretizzano nell'applicazione giurisprudenziale, questo compito deve essere il risultato della reale partecipazione di tutte quelle istanze sociali interessate alla gestione del rischio, al bilanciamento degli interessi in gioco, ai costi e benefici sociali implicati in quelle attività. Pubblico ministero e difesa, anzi, dovrebbero essere i reali e paritetici protagonisti del lavoro preparatorio di concretizzazione della regola originariamente aperta. Qualunque arroccamento, qualunque atteggiamento – pur inconsapevole e in buona fede – non disposto all'ascolto crea tensioni e converte in difetti i pregi e i vantaggi delle regole aperte. Il discorso rimanda immancabilmente alla fine all'esigenza di fondo, della necessità di creare le condizioni strutturali ed organizzative che rendano possibile la celebrazione di processi indubbiamente più difficili, meno routinari, in una parola più degni. Ma è la «dignità» del diritto penale che lo impone affinché esso rimanga sempre espressione adeguata della «civiltà del diritto».

I RELATORI

- FRANCESCA ARRIGONI, dottoranda di ricerca in diritto penale nell'Università di Genova
- ROBERTO BARTOLI, professore associato di diritto penale nell'Università di Firenze
- ROCCO BLAIOTTA, magistrato presso la Corte di Cassazione
- CARLO BRUSCO, magistrato presso la Corte di Cassazione
- GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, professore ordinario di diritto penale nell'Università di Pisa
- BENIAMINO DEIDDA, procuratore generale presso la Corte d'Appello di Firenze
- OMBRETTA DI GIOVINE, professore ordinario di diritto penale nell'Università di Foggia
- ALBERTO DI MARTINO, professore associato di diritto penale nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa
- GIOVANNI FIANDACA, professore ordinario di diritto penale nell'Università di Palermo
- GIANFRANCO GENSINI, professore ordinario di Medicina Interna e Cardiologia; Preside della Facoltà di Medicina e Chirurgia di Firenze
- LUCIA GIZZI, magistrato presso il Tribunale di Avezzano
- GIUSEPPE LONGO, dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Genova
- ANTONELLA MADEO, ricercatore di diritto penale nell'Università di Genova
- FERRANDO MANTOVANI, professore emerito di diritto penale nell'Università di Firenze
- RICCARDO MARTINI, perfezionando in diritto penale nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa
- FRANCESCO MUCCIARELLI, professore associato di diritto penale nell'Università Bocconi di Milano
- GIAN ARISTIDE NORELLI, professore ordinario di Medicina Legale nell'Università di Firenze
- FRANCESCO PALAZZO, professore ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze
- CARLO ENRICO PALIERO, professore ordinario di diritto penale nell'Università Statale di Milano

- ANTONIO PANTI, presidente dell'Ordine dei Medici di Firenze
MICHELE PAPA, professore ordinario di diritto penale; Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze
ANNAMARIA PECCIOLI, ricercatore di diritto penale nell'Università di Genova
MARCO PELISSERO, professore ordinario di diritto penale nell'Università di Genova
DAVIDE PETRINI, professore associato di diritto penale nell'Università del Piemonte Orientale
CARLO PIERGALLINI, professore ordinario di diritto penale nell'Università di Macerata
PAOLO PISA, professore ordinario di diritto penale nell'Università di Genova
FABIO PONTRANDOLFI, responsabile dell'Ufficio sicurezza di Confindustria
LAURA RICCIO, ricercatore di diritto penale nell'Università di Firenze
MAURIZIO RIVERDITI, ricercatore di diritto penale nell'Università di Torino
ALESSANDRA ROSSI, professore associato di diritto penale nell'Università di Torino
ALESSIO SCARCELLA, magistrato presso l'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione
LUCIA SCOPINARO, dottore di ricerca in diritto e procedura penale nell'Università di Genova
FRANCESCO VIGANÒ, professore ordinario di diritto penale nell'Università Statale di Milano

PRISMA S.p.A.
Via Marziale, n 13
04023 Formia (LT)