

Corso on - line Commissario di PS IV ed. 2012-13

Lezione P-01

La colpa e la preterintenzione

Sommario: 1. Gli elementi strutturali della colpa. 1.2. Il requisito dell'attribuibilità dell'inosservanza delle regole di condotta all'agente. 1.2.1. La rimproverabilità nella colpa generica. 1.2.2. La rimproverabilità nella colpa specifica. 1.2.2.1. La c.d. concretizzazione del rischio e la c.d. causalità della colpa. 2. La rilevanza del principio dell'affidamento nei reati colposi. 2.1. La tutela dell'affidamento in tema di responsabilità colposa dei sanitari. 2.1.1. La posizione di garanzia del primario ospedaliero. 2.2. L'affidamento nell'altrui condotta nella circolazione stradale: la Cassazione assume una posizione coerente. 3. La preterintenzione: le tesi sull'imputabilità dell'evento più grave non voluto. 3.1. Tesi del dolo misto a colpa. 3.2. Tesi del dolo misto a responsabilità oggettiva. 3.3. Tesi dell'unicità dell'elemento soggettivo. 4. Omicidio preterintenzionale e dolo eventuale. 5. L'art. 586 c.p.: le Sezioni Unite intervengono sull'imputazione soggettiva dell'evento morte o lesioni. 5.1. Applicazioni dell'art. 586 c.p. in materia di stupefacenti.

1. Gli elementi strutturali della colpa.

Ai sensi dell'art. 43 c.p. il delitto colposo ricorre <<quando l'evento, anche se preveduto, non è dall'agente voluto e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline>>. La norma, dunque, nel prevedere gli elementi strutturali del delitto colposo, richiama requisiti *di natura psicologica* (assenza di volontà dell'evento) e *requisiti di natura normativa* (violazione di regole cautelari). In base alla previsione codicistica, tale tipo di illecito si caratterizza pertanto, in negativo, per l'assenza del dolo, sotto forma di *manca di volontà dell'evento (rectius, come si vedrà del fatto tipico)*, in positivo, concretandosi la condotta tipica nella *violazione di regole cautelari doverose*, la cui osservanza avrebbe evitato la verificazione dell'evento dannoso in cui si sostanzia il delitto colposo.

Il primo requisito, di carattere *negativo*, si condensa nell'*assenza di volizione dell'evento* o, come la miglior dottrina ha ormai puntualizzato al fine di rendere completa la definizione di cui all'art. 43 c.p., *del fatto tipico* in almeno uno dei suoi elementi costitutivi. Questa peculiarità differenzia in modo netto la fattispecie colposa rispetto a quella dolosa, in cui il maggior disvalore del fatto risiede proprio nella presenza di una volontà effettiva protesa alla realizzazione del fatto di reato che di quella volontà è concretizzazione.

Se, dunque, la punizione a titolo di dolo si spiega in ragione della circostanza che il soggetto agente ha voluto un fatto di reato, che è stato oggetto di rappresentazione prima di essere integrato, nei reati colposi le conseguenze sanzionatorie non sono mai riconducibili alla volontà, per definizione mancante (il delitto colposo è "contro l'intenzione" a mente dell'art. 43 c.p.) né, in genere, alla previsione dell'evento. La rappresentazione, infatti, ove ricorra, importa il riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 3), c.p., alla stregua del quale <<l'aver, nei delitti colposi, agito nonostante la previsione dell'evento>> implica un aumento fino ad un terzo della pena prevista per il reato base.

L'assenza dell'elemento volitivo distingue, inoltre, il delitto colposo da quello preterintenzionale, atteso che, come si chiarirà in tale ultima evenienza si rimprovera al soggetto di aver realizzato un evento più grave rispetto a quello dallo stesso pur voluto come conseguenza della sua azione.

Quanto al requisito *positivo*, anch'esso posto in luce dalla definizione codicistica, postula che la fattispecie criminosa debba essere stata integrata <<a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline>>. Ne consegue che le varie forme di colpa si basano su un *giudizio interamente normativo*, che si condensa nel raffronto tra il comportamento concreto posto in essere dall'agente e quello doveroso alla stregua dei canoni di diligenza, prudenza o perizia o dei dettami imposti da norme e regole positive, a carattere cautelare, contenute nelle citate fonti.

Quella fin qui tratteggiata è la nozione di colpa tratteggiata dal nostro legislatore. Deve, tuttavia, tenersi presente che varie sono le teorie elaborate in ordine all'essenza di tale stato psicologico, che determina una forma autonoma di responsabilità, distinta da quella dolosa. Rinviando alla trattazione manualistica l'esame di tali teorie, va rilevato che quella maggiormente seguita dalla dottrina e dalla giurisprudenza è la teoria mista. I sostenitori della medesima, pur reputando indispensabile *la violazione di una regola cautelare di stampo sociale o giuridico* per la configurazione di una fattispecie colposa, considerano, altresì, indefettibile *l'esigibilità della condotta doverosa* da parte del soggetto agente.

Le conseguenze criminose derivate dal delitto colposo devono per tal via essere prevedibili *ex ante* ed *evitabili* alla luce del contegno esigibile dal soggetto che ha concretamente agito. La mera violazione di una regola di condotta è muta di fronte al titolo di responsabilità individuabile nella fattispecie concreta, atteso che il soggetto potrebbe in ipotesi aver voluto quella violazione e l'evento che ne è scaturito. Così come, in alternativa, le evenienze lesive potrebbero imputarsi al mero caso fortuito, che si sia frapposto tra la condotta del soggetto e l'evento, o comunque alcun rimprovero potrebbe muoversi al soggetto per la violazione della regola di condotta.

Onde evitare l'ingresso di forme di colpa presunta o *in re ipsa*, dovute alla mera trasgressione del canone di diligenza prescritto, è doveroso attendere ad un ulteriore esame, atto a rilevare la sussistenza, nel caso di specie, della possibilità dell'agente concreto di agire *secundum ius*.

Seguendo, dunque, la moderna teoria mista deve prendersi atto che esiste un *ulteriore requisito*, non espressamente previsto dalla disposizione di cui all'art. 43 c.p., che rappresenta il profilo più squisitamente personale e soggettivo della colpa. Esso consiste nella capacità soggettiva dell'agente di osservare la regola cautelare e conseguentemente nella concreta possibilità di pretenderne l'osservanza. Si tratta della c.d. *esigibilità del comportamento doveroso*. Anche se la colpa rappresenta una forma di colpevolezza meno grave del dolo, essa coincide necessariamente con un atteggiamento antidoveroso della volontà e consiste nel rimprovero per aver realizzato un fatto di reato che poteva essere evitato mediante l'osservanza esigibile delle regole cautelari volte ad evitare la lesione o la messa in pericolo del bene protetto.

Dunque tre sono gli elementi che caratterizzano la colpa: 1) l'elemento negativo della mancanza di volontà del fatto materiale tipico; 2) l'elemento oggettivo dell'inosservanza delle regole di condotta, volte a prevenire pregiudizi a determinati beni; 3) l'elemento soggettivo dell'attribuibilità o rimproverabilità di tale inosservanza al soggetto attivo. Il soggetto è, dunque, in colpa quando pur non volendo il fatto tipico lo realizza, violando una o più regole di condotta e potendo essergli mosso un giudizio di rimproverabilità in ordine a tale violazione.

1.2. Il requisito dell'attribuibilità dell'inosservanza delle regole di condotta all'agente

Rinviando alla trattazione manualistica (CARINGELLA - DELLA VALLE – DE PALMA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2010, II ed., Dike giuridica, 948 ss.) lo studio dei primi due elementi strutturali, si soffermerà in questa sede l'attenzione sul terzo requisito, ossia quello dell'attribuibilità dell'inosservanza delle regole di condotta all'agente.

Si tratta di un requisito, di carattere soggettivo, frutto dell'elaborazione dottrinale non essendo, almeno espressamente, previsto nella definizione di colpa contenuta nell'art. 43 c.p. Tale requisito, ferma restando la necessaria presenza degli altri due, è quello che maggiormente connota il concetto moderno di responsabilità a titolo di colpa, poiché radica la rimproverabilità del soggetto per non aver evitato, pur potendo, di realizzare il fatto tipico di reato.

Prescindendo da tale requisito di natura soggettiva e fondando la responsabilità per colpa solo sulla base (oltre che ovviamente del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento) della violazione delle regole di condotta da parte del soggetto che comunque non ha voluto l'evento, si finirebbe per dare la stura a forme di colpa presunta o *in re ipsa*, poiché si rinunciarebbe ad accertare se effettivamente nel caso concreto l'osservanza della regola di condotta era o meno esigibile dal soggetto.

Nell'individuazione del criterio più idoneo a stabilire nel caso concreto la sussistenza di tale requisito, appare opportuno tenere distinta la colpa generica da quella specifica.

1.2.1. La rimproverabilità nella colpa generica

In caso di colpa generica, intanto può muoversi un rimprovero al soggetto se l'evento realizzato era prevedibile ed evitabile (o prevenibile). La *prevedibilità* va intesa come mancata rappresentazione di conseguenze preventivabili, mentre l'*evitabilità* riguarda il comportamento, previsto dalla regola di condotta, che il soggetto avrebbe dovuto tenere per evitare dette conseguenze (anticipando quanto verrà sviluppato in tema di accertamento della colpa specifica, va sottolineato che l'evitabilità è esclusa nei casi di inutilità del comportamento alternativo lecito o corretto).

Secondo l'opinione assolutamente prevalente, tali parametri devono essere vagliati in concreto e tenendo presente tutte le circostanze in cui il soggetto si trova ad operare. Dunque, l'accertamento, da effettuare necessariamente *a posteriori*, secondo il sistema della prognosi postuma, deve essere condotto tenendo conto delle condizioni presenti al tempo in cui l'autore ha realizzato il fatto di reato.

Anche la giurisprudenza ritiene concordemente che la prevedibilità del fatto (e quindi anche l'evitabilità), come criterio di accertamento della colpa (e di discriminazione del caso fortuito), vada accertata *ex ante* ed in concreto, riportandosi al momento in cui la condotta commissiva o omissiva è stata posta in essere.

Va, peraltro, evidenziato che la prevedibilità ha anche un risvolto oggettivo che attiene alla causalità. Si è visto nel relativo capitolo che, secondo la teoria della causalità umana, le cause sopravvenute sono infatti idonee ad escludere il rapporto di causalità (ex art. 41 comma 2, c.p.) solo quando abbiano carattere di eccezionalità ed imprevedibilità. Naturalmente, sotto questo profilo, trattandosi dell'elemento oggettivo, l'accertamento deve essere condotto con criteri *ex post* e tenendo anche conto delle conoscenze non disponibili all'epoca della condotta. L'esistenza della prevedibilità sotto il profilo che attiene all'elemento soggettivo va, invece, accertata con criteri *ex ante* e trova il suo fondamento sul rilievo che non possa essere addebitato all'agente di non aver previsto un evento che, in base alle conoscenze che aveva o che avrebbe dovuto avere, non poteva prevedere (anticipando quanto verrà detto nel testo circa il parametro da applicare per verificare la prevedibilità ed evitabilità dell'evento, va evidenziato che in giurisprudenza si è sottolineato che le regole di spiegazione causale dell'evento non possono valere per l'accertamento dell'esistenza della colpa. La soglia (insita nei concetti di diligenza e prudenza espressamente richiamati dall'art. 43 c.p.) oltre la quale l'agente può prevedere le conseguenze lesive della sua condotta, non è costituita, come nel nesso di causalità materiale, dalla certezza scientifica ma dalla probabilità o anche della sola possibilità (purché fondata su elementi concreti e non solo congetturali) che queste conseguenze si producano (così, Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, e App. Venezia 15 dicembre 2004, entrambe sul caso di Porto Marghera; nella prima delle due pronunce si legge anche che, in tema di malattia professionale, il rapporto di causalità materiale tra una condotta (commissiva od omissiva) ed un determinato evento non è configurabile in quei casi in cui risultino insufficienti, contraddittori e incerti gli esiti delle ricerche scientifiche e sussista, quindi, il ragionevole dubbio sulla reale efficacia condizionante della condotta: in applicazione di tale principio, la Suprema Corte, in linea con quanto affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza 10 luglio 2002, Franzese, ha ritenuto corretta la motivazione dei giudici di merito che avevano escluso la possibilità di affermare il nesso di causalità generale tra l'esposizione a cloruro di vinile e talune malattie - tumori al polmone, epatocarcinomi diversi dall'angiosarcoma, altre forme tumorali, altre epatopatie, ecc. - sottolineando la contraddittorietà dei dati e l'inesistenza di un riconoscimento condiviso, se non generalizzato, della comunità scientifica sull'argomento).

Occorre, a questo punto, individuare il parametro di riferimento alla stregua del quale comprendere se l'evento fosse rappresentabile e prevenibile. Rinviamo alla manualistica per l'esame dei diversi orientamenti elaborati in argomento (quello che fa capo al parametro dell'agente concreto, quello che patrocina la migliore scienza ed esperienza, quello che fa riferimento allo standard dell'uomo medio o del *bonus pater familias*), va osservato che la tesi maggiormente seguita in dottrina ed in giurisprudenza, tenta di conciliare gli approcci di tipo soggettivistico ed oggettivistico ovviando agli inconvenienti che entrambi, sotto diverse prospettive, recano.

Si intende fare riferimento al criterio dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, che impone all'interprete di tener conto del contenuto e della misura del dovere di diligenza esigibile, in rapporto alla cerchia sociale di appartenenza dell'agente concreto. La condotta esigibile nella fattispecie concreta è, dunque, modellata tenendo conto di alcune caratteristiche che si presumono esistenti in un uomo che svolge una determinata attività in uno specifico contesto socio-culturale. Dunque, la prevedibilità e l'evitabilità vanno determinate in base al parametro relativistico dell'agente modello, cioè dell'uomo giudizioso *eiusdem professionis et condicionis* (questo modello è ormai comunemente accolto anche in giurisprudenza. Si veda, a titolo meramente esemplificativo, Cass., Sez. IV, 1 luglio 1992, n. 1345, per cui in tema di reati colposi (nella specie, lesioni colpose commesse con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro) la "prevedibilità", altro non significa che, porsi il problema delle conseguenze di una certa condotta commissiva od omissiva avendo presente il cosiddetto "modello d'agente", il modello dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, ossia il modello dell'uomo che svolge paradigmaticamente una determinata attività, che importa l'assunzione di certe responsabilità, nella comunità, la quale esige che l'operatore concreto si ispiri a quel modello e faccia tutto ciò che da questo ci si aspetta. Più di recente si è osservato che per verificare la sussistenza dell'a colpa occorre accertare, con valutazione *ex ante*, la prevedibilità dell'evento, giacché non può essere addebitato all'agente modello 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, così, Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675; conf. Cass., Sez. IV, 18 settembre 1990, n. 14188).

In tal modo si avranno una *pluralità di agenti modello* in relazione ai diversi tipi di attività e condizioni (ad esempio, non si può pretendere dal medico generico il livello di specializzazione nella cura di una malattia per cui esiste, nella scienza medica, una determinata specializzazione (significativo, al riguardo, è il caso deciso da Cass., Sez. IV, 31 gennaio 1983, n. 1914, per cui ai fini della valutazione della colpa professionale nel caso di prestazioni mediche di natura specialistica, effettuate da chi sia in possesso del diploma di specializzazione, non può prescindersi dal considerare le cognizioni generali e fondamentali proprie di un medico specialista, non essendo sufficiente il riferimento alle cognizioni, minimo di cultura e di esperienza, che si pretendano da un medico generico; infatti il corredo culturale e sperimentale, richiesti dallo stato per il conseguimento del titolo di specialista, rappresenta una più consistente garanzia per il paziente e legittima un'aspettativa di maggior perizia (fattispecie relativa a ritenuta omissione colposa addebitata a specialista ostetrico il quale, praticata una iniezione per accelerare il parto, non aveva provveduto ad essere presente e ad adottare i più opportuni ed efficaci accorgimenti terapeutici e di intervento, nella specie immediata isterectomia, nei confronti di partoriente provata da pregresse e complesse gravidanze, deceduta per lacerazione spontanea dell'utero).

Inoltre, lo stesso soggetto può, a seconda dell'attività che di volta in volta svolge ed il contesto in cui la svolge, essere ricondotto a *più agenti modello* (ad esempio, ingegnere-modello, automobilista-modello o guida alpina-modello).

Seguendo questo criterio, pur non rinunciando ad una certa soglia di normativizzazione, si incentra l'indagine sulle peculiarità che l'individuo aveva o avrebbe comunque dovuto possedere alla luce di *quanto è ragionevole attendersi da una persona che rivesta una certa qualifica in determinate circostanze di tempo e di luogo*. Non si incorre in tal modo il rischio di sovrapporre l'autore del reato con l'agente modello, fino a confonderli ritenendo non esigibile tutto ciò che il singolo individuo non ha fatto. Il parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* consente, d'altro canto, al sistema di non abdicare alla finalità di prevenzione generale, evitando di computare a favore dell'agente quei connotati del carattere che lo rendono particolarmente incline a violare il precetto penale, come *l'impulsività, la superficialità, l'impertinenza o la spregiudicatezza*. Appare, infatti, evidente che un ordinamento che consentisse al singolo di violare la legge penale a causa di peculiari connotazioni del carattere entrerebbe in contraddizione con il principio di effettività e non appresterebbe un'adeguata

tutela dei beni fondamentali a cui presidio è posto.

In quest'ottica dovrà, invece, tenersi conto di particolari carenze o menomazioni di carattere fisico o psichico, *modellando gli standards di diligenza sulle peculiarità personali*. Tale soluzione non è, però, prospettabile nei casi in cui l'addebito di colpa consiste proprio nell'aver intrapreso un'attività che non si era in grado di svolgere adeguatamente, difettando delle conoscenze o delle capacità occorrenti. Si parla, al riguardo, di *colpa c.d. per assunzione*, che si suggella nella presa in carico di un compito in assenza delle cognizioni e delle abilità fisiche o tecniche all'uopo indispensabili (emblematico è il caso dello specializzando in una determinata disciplina medica che, anziché attenersi all'attività di studio e *lato sensu* formativa prevista per il periodo di specializzazione, si cimenti in un intervento che esuli dal campo delle conoscenze possedute nel settore di interesse o dalle abilità in esso maturate). In tali evenienze il soggetto tiene una condotta dalla quale si sarebbe dovuto astenersi (imprudenza) in spregio alla *lex artis* che impone determinate conoscenze per poter accingersi a svolgere alcuni compiti (imperizia). Dunque, la violazione della regola cautelare sta proprio nell'aver assunto un compito senza le adeguate capacità (la giurisprudenza di legittimità, peraltro, precisa con riferimento alla colpa professionale (su cui si veda *infra*) che non versa in colpa colui che cagiona lesioni personali per la propria imperizia, quando, pur privo delle necessarie competenze e capacità, 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 (si veda, tra le altre, Cass., Sez. IV, 3 aprile 2008, n. 13942). Per alcuni casi giurisprudenziali di colpa c.d. per assunzione, si veda, Cass., Sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, sul disastro di Stava, scaturito dall'inondazione dell'omonimo paese a causa del cedimento di una diga, per cui versa nella cosiddetta "colpa per assunzione" colui che, non essendo del tutto all'altezza del compito "assunto", esegua un'opera senza farsi carico di munirsi di tutti i dati tecnici necessari per dominarla, nel caso, ovviamente, che quell'opera diventi fonte di danno anche a causa della mancata acquisizione di quei dati o conoscenze specialistiche. L'agire come membro di un determinato gruppo, o come portatore di un determinato ruolo sociale, comporta, infatti, l'assunzione di responsabilità di saper riconoscere ed affrontare le situazioni ed i problemi inerenti a quel ruolo, secondo lo *standard* di diligenza, di capacità, di conoscenze richieste per il corretto svolgimento di quel ruolo stesso).

Nel parametrare l'attività del singolo a quella dell'agente modello deve, inoltre, valutarsi a suo favore, in modo tale da escludere un rimprovero di natura penale, il *contesto in cui si trova ad operare*, non tenendo, dunque, conto soltanto delle sue attitudini psico-fisiche che gli avrebbero consentito in astratto una condotta conforme ai dettami dell'ordinamento. Calzante è al riguardo l'esempio, ricorrente nella manualistica, del pilota di Formula 1 dotato di notevole esperienza ed abilità nella guida automobilistica; nel momento in cui il medesimo, guida nei centri abitati, non si può pretendere dallo stesso l'attivazione di quelle attitudini eccezionali delle quali è pur dotato. Diversamente opinando si addiverrebbe ad una sorta di paralisi della vita sociale, in quanto si esigerebbe da ogni consociato un comportamento sempre conforme al maggior sforzo psico-fisico che nelle diverse situazioni è in grado di rendere.

Preme, peraltro, constatare che il pregio di questa elaborazione risiede nella circostanza che la salvaguardia della tenuta del sistema (*puniatur ne peccetur*) non è perseguita mediante la strumentalizzazione del singolo timore, invece, sempre attuale quando l'accertamento della colpa non si articola in concreto, ma secondo presunzioni che di fatto celano forme di responsabilità obiettiva. La circostanza che il criterio in commento vagli contemporaneamente *la professione del soggetto e le condizioni entro cui il suo agire si iscrive*, importa, come precipitato, l'esistenza di una pluralità di agenti-modello che mutano anche all'interno di una medesima attività ove diversi risultino i presupposti fattuali. Tanto perché l'ordinamento giuridico non può pretendere che i soggetti dotati di abilità eccezionali siano costretti a ricorrervi anche ove il contesto fattuale non lo richieda, così limitando oltre misura la loro libertà di esprimere le proprie attitudini secondo *standard* socialmente condivisi e non alla stregua di parametri più rigorosi.

Nella coesistenza del momento della *trasgressione obiettiva di uno standard di comportamento richiesto* e del *requisito subiettivo dell'attribuibilità dell'inosservanza all'autore* si è soliti ravvedere la cosiddetta doppia misura della colpa. Non è, dunque, sufficiente un contegno contrario ai *dicta* dell'ordinamento ove il contegno tenuto non appaia rimproverabile, e cioè espressione di una ribellione, almeno potenziale, del soggetto alle istanze valoriali che le norme penali con la minaccia di una sanzione presidiano.

È necessario, per poter differenziare le condotte colpose da fattispecie di responsabilità oggettiva o, che è lo stesso, di colpa presunta o *in re ipsa*, accertare che il contegno del soggetto sia rimproverabile in quanto l'autore ben avrebbe potuto conformare il suo comportamento alle cautele prescritte, impedendo così il verificarsi di quell'evento che la norma di condotta mirava a scongiurare.

Il rimprovero che si muove al reo si atteggia diversamente a seconda della forma di colpa che viene in rilievo. Così, ove si tratti di *colpa incosciente*, che è quella tipologia ordinaria di colpa in cui l'agente integra, un fatto di reato che non ha prima previsto oltre che voluto, al medesimo si addebita di non essersi rappresentato un evento pur prevedibile e di non averlo evitato, pur essendo il medesimo prevenibile con la dovuta accortezza. Nell'ipotesi speculare di *colpa cosciente*, in cui il reo abbia agito nonostante la previsione dell'evento, seppur nella convinzione che quest'ultimo non si sarebbe verificato, l'autore è responsabile di aver posto in essere un reato a causa dell'inosservanza di regole cautelari, pur avendo previsto l'evento, evitabile attraverso l'utilizzo degli standard normativi di comportamento ivi consacrati.

1.2.2. La rimproverabilità nella colpa specifica

Come sappiamo, la colpa specifica presenta, in comune con quella generica, la natura normativa. Invero, la prima si connota per la violazione di regole scritte e la seconda di regole (di diligenza, prudenza e perizia) non scritte.

Si è visto che per l'accertamento della colpa generica occorre accertare in concreto la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento da parte dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. Si discute se per la colpa specifica si debba effettuare un accertamento analogo ovvero se sia sufficiente accertare *l'inosservanza della regola cautelare scritta* e la *riconcucibilità dell'evento cagionato al tipo di evento che tale regola intende prevenire*.

La giurisprudenza non di rado sostiene che, rispetto alla colpa specifica, la prevedibilità e l'evitabilità non abbisognano di dimostrazione, in quanto l'inosservanza della regola scritta concreta di per sé quella imprudenza o negligenza che è il fulcro della colpa. I predetti due parametri sono insiti nella regola scritta violata, essendo stato l'autore della stessa a prefigurarsi una volta per tutte la pericolosità di una certa situazione (Cass., Sez. I, 27 agosto 2003, n. 35536; Cass., Sez. I, 21 marzo 2002, n. 11445; Cass., 1 dicembre 1989, n. 1501).

Tuttavia, sia in dottrina che nella stessa giurisprudenza si è evidenziato che l'accertamento della colpa specifica deve variare a seconda che ci si trovi in presenza di una norma rigida ovvero elastica (la medesima impostazione è seguita, in giurisprudenza, da Cass., Sez. IV, 12 ottobre 2007, n. 37606, a mente della quale, 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 antiggiuridico 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).

Le regole scritte *rigide* (o esaustive) prescrivono in modo categorico il contegno da assumere nella ricorrenza di determinate circostanze (ne costituisce un esempio classico, il semaforo rosso, che impone in modo netto al conducente di fermarsi per evitare all'incrocio un sinistro con macchine provenienti da altre strade), mentre le regole *elastiche* (o non esaustive) indicano un comportamento determinabile in rapporto alle circostanze concrete, (si pensi, ad esempio, alle norme che regolano la circolazione stradale che richiedono una velocità prudenziale ovvero il rispetto della distanza di sicurezza, concetti che vanno poste in relazioni alle condizioni concrete in cui si trova ad operare l'automobilista).

Le norme rigide, proprio perché determinano la condotta cautelare in termini netti (ad esempio, divieto di sorpasso a destra), la loro inosservanza dà quasi automaticamente luogo a colpa.

Capita, tuttavia, che, nonostante la presenza di una norma rigida, l'agente se ne discosti

proprio per evitare quella tipologia di eventi che la previsione della regola mirava a scongiurare. È il caso, delle manovre di emergenza che si mostrano improcrastinabili nella ricorrenza di alcune eventualità, in cui il buon senso suggerisce di agire in modo non conforme alle norme codificate (si pensi all'ipotesi di un sorpasso a destra effettuato per evitare l'impatto con un camion che sbanda verso sinistra per un carico troppo pesante). In casi simili, la giurisprudenza tende ad escludere un addebito per colpa specifica, atteso che la finalità cautelare insita nella norma è comunque perseguita dal comportamento diligente del soggetto (*ex plurimis*, Cass., 31 maggio 1989).

Le *norme elastiche*, invece, si limitano a fornire indicazioni di massima e non puntuali, dovendo l'applicazione delle medesime esser rapportata alle peculiarità del caso concreto. Così, nonostante il limite di velocità di centotrenta chilometri all'ora presente normalmente in autostrada, non è esente da un rimprovero a titolo di colpa il conducente che prosegua a velocità di centoventi chilometri orari in prossimità di un incolonnamento oppure di un veicolo fermo per un guasto al motore.

È evidente che, in tali evenienze, le regole cautelari elastiche potrebbero palesarsi non esaustive rispetto alla diligenza esigibile alla luce di *standard* sociali di comportamento, di qui la possibilità che residui una responsabilità per colpa generica pur in presenza di una condotta conforme alle prescrizioni positive. In tali casi, un comportamento conforme alle prescrizioni sancite da regole scritte non esonera il soggetto da un'eventuale responsabilità che dovesse residuare a titolo di colpa generica, potendo l'ossequio alle norme positive essere inidoneo a garantire tutte le cautele richieste dalla situazione materiale. Pertanto, l'accertamento della colpa specifica in tali casi non differisce, nella sostanza, da quello della colpa generica.

1.2.2.1. La c.d. concretizzazione del rischio e la c.d. causalità della colpa

Si è accennato in precedenza che un evento potrà essere ascritto ad un individuo a titolo di colpa specifica solo ove l'accadimento verificatosi sia proprio tra quelli che la norma di condotta intendeva evitare, cioè risulti essere l'attualizzazione di uno specifico pericolo che la norma cautelare violata mirava a scongiurare. Si parla, al riguardo, del parametro della *c.d. concretizzazione del rischio*, che fa riferimento allo scopo della norma ed indica la necessità della verifica della corrispondenza tra finalità della regola cautelare e finalità effettivamente raggiunta.

Non è, dunque, sufficiente la mera violazione di una norma avente finalità prudenziale, se tale violazione non si sia tradotta nella causazione di un evento che rientri nel novero di quelli per evitare i quali la regola è stata posta. Più precisamente, secondo l'impostazione preferibile occorre fare riferimento al "tipo" di eventi e non all'evento specifico concretamente verificatosi (è, invece, orientata nel dare rilevanza all'evento specifico, Cass., Sez. IV, 18 marzo 2004, n. 24051, per cui in tema di colpa medica, ai fini della sussistenza del rapporto di causalità tra la condotta imperita e l'evento lesivo, non è sufficiente che venga accertato che un determinato comportamento, omissivo e commissivo, abbia determinato il verificarsi dell'evento, ma è necessario accertare altresì che la previsione della regola di cautela - della quale emerge la mancata osservanza - fosse predeterminata ad evitare proprio quell'evento; nella fattispecie, relativa ad un caso di distocia del feto, la Corte ha annullato la sentenza di merito ritenendo che la motivazione non aveva chiarito se l'omessa manovra di "disincagliamento" della spalla del feto - manovra non eseguita dal sanitario - sia prevista solo per salvare la vita del feto oppure anche per evitare le conseguenze lesive verificatesi nell'ipotesi in esame). L'evento deve rientrare nel tipo di eventi che la norma cautelare mirava a prevenire (per esempio, il pericolo per la vita del soggetto tutelato o un grave danno alla sua salute) ma questi eventi non devono avere carattere di eccezionalità. L'agente è rimproverabile se agisce, in contrasto con regole cautelari, sapendo (o dovendo sapere) che la sua condotta può avere conseguenze dannose anche se questi esiti della condotta non sono determinabili preventivamente purché si tratti di conseguenze del tipo di quelle prese in considerazione nel momento in cui la regola cautelare è stata redatta anche se non ancora interamente descritte e conosciute (in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675). Così, l'investimento di un pedone in un centro abitato non potrà essere ricondotto eziologicamente alla guida del soggetto in assenza della documentazione necessaria (libretto di circolazione o assicurazione obbligatoria), ma alla violazione delle norme del codice della strada che impongono prudenza, oltre al rispetto dei limiti di velocità.

Il ricorso al criterio della c.d. concretizzazione del rischio introduce in tema di colpa una valutazione *ex post* che consente di avere conferma, o meno, che quel tipo di evento effettivamente verificatosi rientri tra quelli presi in considerazione nella formazione della regola cautelare. Come visto nel paragrafo precedente, anche nella colpa specifica può rilevare l'indagine sulla prevedibilità dell'evento, la quale, invece, va accertata con un criterio *ex ante* e va valutata dal punto di vista dell'agente (non di quello che ha concretamente agito ma dell'agente modello) per verificare se era prevedibile che la sua condotta avrebbe potuto provocare quell'evento.

In tema di colpa specifica si rende necessaria un'ulteriore indagine (rispetto alla verifica della prevedibilità dell'evento, peraltro, come visto, non sempre richiesta, ed alla c.d. concretizzazione del rischio), ossia se la violazione della regola cautelare abbia cagionato l'evento concretamente verificatosi (**c.d. causalità della colpa**). Tale accertamento, quindi, non mira a verificare la corrispondenza tra evento e scopo della regola cautelare, come quello che si riferisce alla c.d. concretizzazione del rischio (criterio in forza del quale un evento potrà essere ascritto ad un individuo a titolo di colpa specifica solo ove l'accadimento verificatosi sia proprio tra quelli che la norma di condotta intendeva evitare, cioè risulti essere l'attualizzazione di uno specifico pericolo che la norma cautelare violata mirava a scongiurare), ma tra evento e violazione della norma stessa.

Quelli della *prevedibilità*, della *concretizzazione del rischio* e della *casualità della colpa* sono aspetti della colpa specifica che pur presentando elementi di contiguità e potendo, rispetto a singoli casi pratici sovrapporsi, restano concettualmente autonomi e vanno di volta in volta accertati secondo quanto fin qui chiarito. Si pensi al caso dell'automobilista che percorre una strada in senso vietato. Se il veicolo da lui guidato va ad urtare contro un altro veicolo che percorre la strada nel senso consentito è evidente che sussistono tutti i suindicati profili della colpa specifica: l'evento era prevedibile dall'agente modello che deve sincerarsi previamente se il senso di marcia è a lui consentito; l'incidente realizza la concretizzazione del rischio perché la regola cautelare mira proprio ad evitare che si verifichino quel tipo di incidente; v'è la causalità della colpa perché la violazione della regola cautelare ha determinato il verificarsi di quell'evento. L'automobilista risponderà, quindi, delle lesioni provocate al conducente di un veicolo che proveniva dal senso opposto. Non risponderà, invece, dell'investimento di chi sia caduto improvvisamente dal balcone, poiché la caduta non era certamente prevedibile, la norma non mirava ad evitare quell'evento (e neppure quel tipo di eventi) e la violazione non ha cagionato quell'evento se non nel senso meramente materiale.

La ricostruzione qui riportata si inclina, tuttavia, nei casi in cui un contegno conforme ai parametri definiti dalle regole cautelari non avrebbe egualmente impedito il verificarsi dell'evento. In tali evenienze occorre domandarsi se debba reputarsi bastevole il profilo materiale, alla stregua del quale l'evento rinviene nella condotta un antecedente logico, o non sia piuttosto da effettuare un'analisi giuridica e sintetica alla stregua della quale ove il **comportamento alternativo lecito** non sarebbe valso a prevenire le conseguenze lesive nella specie inverteasi, nulla è rimproverabile all'agente.

In entrambi i casi, si badi bene, non è in discussione l'esistenza di un nesso di causalità materiale tra condotta tenuta dall'agente ed evento dalla stessa cagionato, ma risulta controversa l'attribuibilità psicologica al singolo di conseguenze da lui non evitabili con un contegno conforme ai dettami ordinamentali.

In dottrina si è sottolineando che in queste ipotesi è d'uopo procedere ad uno sdoppiamento dell'accertamento del nesso causale.

L'indagine risulta, pertanto, articolata in due distinte fasi. In primo luogo, si verifica che il contegno assunto dall'individuo abbia materialmente cagionato l'evento mediante la trasgressione di una regola cautelare atta ad impedirlo. Solo ove tale accertamento abbia un riscontro positivo, si procede al vaglio dell'idoneità del comportamento alternativo lecito a scongiurare l'evento. Qualora tale ulteriore analisi abbia esito negativo, al soggetto non potrà essere addebitato di avere integrato con la sua condotta una fattispecie colposa (la necessità di questo ulteriore accertamento è ben messa in evidenza da Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, cit., per cui *"La prevedibilità dell'evento. Non è sufficiente che l'agente abbia violato la regola cautelare, che questa violazione abbia cagionato l'evento e che quel tipo di eventi fosse ricompreso nella previsione della norma cautelare. E' necessario che venga anche individuata la condotta ("comportamento alternativo lecito"; ma in dottrina vi è chi preferisce denominarlo "comportamento alternativo diligente") che, se posta in essere, avrebbe evitato il verificarsi*

dell'evento che dunque non solo deve essere prevedibile ma altresì evitabile o prevenibile. E' chiaro che il problema di individuare il comportamento alternativo lecito non si pone quando la regola cautelare imponga di astenersi da una determinata attività: in questo caso il comportamento alternativo lecito è costituito dalla mera omissione della condotta vietata").

Non sarebbe, invero, razionale pretendere un comportamento che sarebbe comunque idoneo ad evitare il risultato antigiusuridico, rinvenendo la colpa nel *versari in re illicita*. Si è già visto, d'altronde, che l'evitabilità o prevenibilità rappresenta pur sempre un limite alla possibilità di muovere un rimprovero a titolo di colpa (diversamente va valutato il *comportamento imprudente della vittima*, nel senso che lo stesso, in ossequio alla distinzione tra causalità materiale e causalità della colpa, assume rilevanza solo rispetto alla prima, potendo rilevare, al più, secondo l'impostazione giurisprudenziale, come causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l'evento ex art. 41, comma 2, c.p. Al riguardo, si è visto che la giurisprudenza maggioritaria quando la condotta imprudente della vittima abbia, in qualche modo, concorso a produrre l'evento ritiene, aderendo alla teoria del fattore sopravvenuto eccezionale ed imprevedibile, non interrotto il nesso causale quando le norme violate erano tese anche a prevenire le possibili negligenze o imprudenze della stessa vittima; in tema di circolazione stradale, come in tema di infortuni sul lavoro si afferma che le norme precauzionali sono dirette anche a prevenire contegni negligenti o imprudenti rispettivamente di chi circola per la strada e del lavoratore).

A tal proposito, è necessario chiarire quale sia il grado di evenienza necessario per sostenere che il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l'evento. Si è precisato che la colpa è configurabile non solo quando il comportamento diligente avrebbe *certamente evitato l'esito antigiusuridico*, ma anche quando una condotta appropriata *avrebbe avuto apprezzabili e significative probabilità* di scongiurare il danno (anche se, va detto, non mancano diverse posizioni in ordine al livello di probabilità richiesto per ritenere l'evitabilità dell'evento). Non si dubita, infatti, che sarebbe irrazionale rinunciare a muovere l'addebito colposo nel caso in cui l'agente abbia omesso di tenere una condotta osservante delle prescritte regole cautelative che, sebbene non certamente risolutiva, avrebbe comunque significativamente diminuito il rischio di verificazione dell'evento o, per dirla in altri termini, avrebbe avuto significative o non trascurabili probabilità di salvare il bene protetto.

In tal modo si introduce, nell'esame dell'elemento colpa, il criterio dell'aumento (ovvero della non diminuzione) del rischio, alla stregua del quale al soggetto deve rimproverarsi di aver con il suo contegno non conforme alla regola cautelare aumentato (ovvero non ridotto) le probabilità di verificazione di quell'evento che la regola stessa mirava a prevenire.

Tale criterio è stato oggetto di severa critica con riferimento al diverso problema della spiegazione causale dell'evento sul piano materiale, notando che esso oltre a non offrire una spiegazione puntuale dell'eziologia dell'evento, con dubbi profili di costituzionalità in ordine alla personalità della responsabilità penale, tende a trasformare i reati di danno in corrispondenti illeciti di pericolo, con un surrettizio arretramento della soglia di punibilità.

Ai fini del giudizio di rimproverabilità in tema di colpa, invece, in quei casi in cui non è certo che la condotta appropriata avrebbe evitato l'evento (e ciò soprattutto nei casi di colpa c.d. speciale (si veda *infra*) in cui viene in rilievo il c.d. rischio consentito), assume rilevanza stabilire se le cautele prescritte avrebbero determinato una riduzione del rischio. Muovendo dall'idea che non deve confondersi il piano della colpa con quello della causalità, si può sostenere che le possibilità di successo espresse in termini probabilistici (si pensi in materia di responsabilità medica, ai riferimenti giurisprudenziali alle "apprezzabili probabilità di successo" o alle "elevate probabilità di riuscita" dell'intervento terapeutico o chirurgico) possono fondare il giudizio di colpa, mentre è necessario che l'esistenza del nesso causale venga riscontrata con sufficiente grado di certezza se non assoluta, almeno tale da fondare su basi solide la responsabilità penale, secondo quanto già chiarito in tema di rapporto di causalità materiale (così, Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 4675, cit. e App. Venezia 15 dicembre 2004, cit., come visto, entrambe sul caso di Porto Marghera, nonché Cass. 27 settembre 1993, n. 1126).

2. La rilevanza del principio dell'affidamento nei reati colposi.

In tema di colpa assume particolare importanza la tematica dell'**affidamento sull'altrui operato** in caso di attività concorrenti oggettivamente rischiose. In particolare, vi sono talune attività umane in cui più soggetti concorrono per il raggiungimento di un dato fine, soggetti in

capo ai quali gravano cd. obblighi divisi, nel senso che ciascuno di essi è tenuto all'osservanza delle rispettive norme cautelari, tutelando queste solo parzialmente il bene giuridico (infatti, in tema di responsabilità medica, la Suprema Corte ha affermato che il principio di affidamento, in base al quale ogni soggetto non deve ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ma può sempre fare affidamento sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie, salvo il dovere di sorveglianza di chi riveste la posizione apicale all'interno del gruppo, non trova applicazione nel caso in cui la colpa attenga all'inosservanza di obblighi comuni o indivisi tra i vari operatori: in tal caso il problema della colpa va risolto in base al principio dell'affidamento nel corretto comportamento degli altri soggetti, sicché la responsabilità colposa andrà circoscritta in capo a colui che non ha osservato la regola cautelare relativa al proprio operato). Così nell'**attività pluridisciplinare d'equipe**, come quella medico-chirurgica, ogni partecipe risponderà solo dell'inosservanza delle *leges artis* del tipo autonomo di attività svolta, dovendo ciascuno poter confidare nel corretto agire degli altri (ad esempio il chirurgo in quello dell'anestesista e viceversa). La Corte di Cassazione ha affermato che il principio di affidamento può trovare applicazione anche nell'ambito dei reati colposi commessi a seguito di violazione di norme sulla circolazione stradale, imponendo di valutare (ai fini della sussistenza della colpa) se, nelle condizioni date, l'agente dovesse e potesse concretamente prevedere le altrui condotte irregolari (cfr. Cass., Sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, nella specie, è stata ritenuta in concreto imprevedibile per l'imputato - che, a bordo di una autovettura, percorreva una strada statale, e stava avviando manovra di svolta a sinistra per accedere ad un'area di servizio che si trovava sul lato opposto della carreggiata, profittando del fatto che alcuni veicoli, tra cui in particolare un autoarticolato, che procedevano nell'opposto senso di marcia, si erano fermati per favorire la manovra - la condotta di una ciclomotorista (parte lesa) che aveva sorpassato scorrettamente sulla destra la colonna ferma di autoveicoli, omettendo inoltre di fermarsi o rallentare in prossimità dell'ingresso all'impianto di distribuzione di carburanti).

Tuttavia, il principio di affidamento *non va inteso in senso assoluto*, nel senso che ciascun soggetto nello svolgere il proprio compito specialistico non è tenuto a vigilare sull'operato altrui, rispondendo solo del corretto adempimento degli specifici compiti assegnatigli. Invero, nel caso in cui **il soggetto si rappresenti ovvero avrebbe dovuto rappresentarsi l'altrui comportamento scorretto o pericoloso**, e ciò avrebbe potuto farlo ricorrendo a conoscenze che gli sono o avrebbero dovuto essergli proprie, risponderà anche lui per la violazione della regola di condotta (si pensi, ad esempio, all'anestesista che non si avvede di un marchiano errore del chirurgo che ben avrebbe potuto rilevare senza ricorrere a conoscenze specialistiche di quest'ultimo; sul punto v. *infra*).

Inoltre, il principio di affidamento non opera nel caso in cui **il soggetto per la sua posizione gerarchica abbia un dovere di sorveglianza e controllo** (ad esempio il chirurgo verso l'assistente) **o di coordinamento** (il capo dell'*equipe* chirurgica), **dovendo egli attivarsi per prevenire ed impedire le inesattezze altrui**. A ben vedere in tal caso non si può neppure parlare della sussistenza di quegli obblighi cd. divisi che connotano il principio di affidamento, atteso che la posizione di garanzia del superiore tutela il bene giuridico al di là dei compiti del subordinato, non v'è cioè una parcellizzazione della tutela del bene che è piena in capo al superiore tenuto al rispetto delle "sue" regole cautelari e a controllare che anche gli altri rispettino le proprie.

In ogni caso, se il soggetto in posizione gerarchica è a conoscenza della situazione di pericolo, è tenuto ad intervenire, pena la sua responsabilità (cfr. Cass. 11.1.2010, n. 16422, per cui in tema di reato colposo, il responsabile legale di una struttura complessa che sia comunque venuto a conoscenza della situazione di pericolo e della sua continuità nel tempo non può invocare, ai fini di esenzione da responsabilità, l' affidamento nell'operato dei responsabili di settore: fattispecie di reato ex art. 674 c.p. in relazione a frequenti ricadute oleose derivanti dall'esercizio di centrale di energia elettrica).

Il limite in esame riguarda anche i rapporti tra delegante e delegato, in caso di delega di funzioni. In tale ipotesi gli obblighi di garanzia gravanti sul delegante fanno venir meno la sua responsabilità purché il delegato sia persona capace e competente nel settore e il delegante tenga sempre conto delle peculiarità delle funzioni delegate nel caso concreto, esercitando i necessari controlli (cfr. Cass. 12.2.2010, n. 20584, per cui gli obblighi di garanzia connessi all'esercizio della professione sanitaria possono essere delegati, con conseguente esclusione

della responsabilità del titolare originario della posizione di garanzia; perché ciò avvenga è peraltro 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: fattispecie relativa ad affermazione di responsabilità del primario-capo di un'équipe chirurgica che, dopo l'intervento, risultava non avere compiutamente delegato ad altri sanitari e a personale paramedico attrezzato la cura del decorso postoperatorio del paziente, poi deceduto).

Infine, il principio in esame non è invocabile allorché l'altrui condotta non rispettosa delle regole precauzionali si innesti su l'inosservanza di una regola precauzionale da parte di chi invoca il principio, a maggior ragione quando l'altrui condotta violativa delle regole trovi la sua causa proprio nel mancato rispetto di regole da parte di chi vorrebbe che quel principio operasse. In altri termini, **il principio in discussione non può essere invocato da chi non rispetta le "sue" regole cautelari**. Ad esempio, nel caso di delega di funzioni all'interno di un complesso organizzato il delegante che non abbia esercitato un controllo efficiente sull'operato del delegato a determinate funzioni non può invocare l'omesso rispetto della regola di condotta da parte di quest'ultimo, asserendo che se questi l'avesse osservata l'evento lesivo non si sarebbe verificato.

2.1. La tutela dell'affidamento in tema di responsabilità colposa dei sanitari.

La tematica degli obblighi divisi, come visto, viene massimamente in rilievo con riferimento alla responsabilità colposa del medico, concernendo la frammentazione dell'operato dei sanitari all'interno di un intervento chirurgico o terapeutico. In siffatto ambito la teoria dell'affidamento si impernia sulla possibilità che il singolo operatore medico possa confidare sulla preparazione tecnica, e dunque sul rispetto della *leges artis*, da parte di chi, nell'espletamento del proprio mandato di cura, lo coadiuva, e che si presume agisca conformemente al modello dell'*homo ejusdem professionis et condicionis*.

La standardizzazione dei livelli di responsabilità secondo modelli oggettivati costruiti sulla scorta del predetto parametro, se da un lato risponde all'esigenza di definire le legittime aspettative sociali concernenti l'altrui comportamento, dall'altro obbedisce al disposto di cui all'art. 27 della Carta Fondamentale. Si tratta di circoscrivere entro limiti ragionevoli la responsabilità per colpa sul presupposto che, essendo ciascun individuo capace di intendere e di volere dotato di attitudine all'autodeterminazione responsabile, non è esigibile un penetrante sindacato sull'operato altrui. E' del resto chiaro che se ogni componente dell'*équipe* fosse vessato dall'angoscia che altri sbagli risulterebbe impossibilitato ad agire con la serenità e con la correttezza dovuta nell'ambito dei propri doveri.

E' palese come l'esigenza per il medico di porre in essere comportamenti attivi a tutela dell'incolumità e, *a fortiori*, della vita del paziente incontri dei limiti strutturali nelle operazioni di *équipe*, in cui appare già *prima facie* inesigibile un contegno di azione onnivale, soprattutto qualora la frazione di intervento in rilievo rientri nella competenza specialistica di un altro sanitario.

Tanto premesso in via generale, merita volgere lo sguardo alla copiosa elaborazione giurisprudenziale succedutasi nella disamina della tematica in commento; ed invero la giurisprudenza, pur richiamandosi in linea di principio ai dettami della teoria dell'affidamento, ne individua nelle svariate ipotesi applicative alcuni limiti operativi.

Al riguardo di estremo interesse si profila la sentenza n. 33619/2006, nella quale si afferma che *"in materia di colpa professionale di "équipe", ogni sanitario è responsabile non solo del rispetto delle regole di diligenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma deve anche conoscere e valutare le attività degli altri componenti dell' "équipe" in modo da porre rimedio ad eventuali errori posti in essere da altri, purché siano evidenti per un professionista medio, giacché le varie operazioni effettuate convergono verso un unico risultato finale"*. La convergenza dell'attività dei medici verso tale obiettivo accresce l'indifferibilità di un impegno comune e condiviso, scevro da esaltazioni autonomistiche, da *"una sorta di compartimentazione o segmentazione degli specifici interventi delle singole competenze che, al contrario, non possono prescindere l'una dall'altra e si integrano a vicenda concretandosi in un apporto collaborativo interdisciplinare che, unificato dal fine, può configurarsi come un'attività unica anche se, per caratteristiche, è scandita da cadenze diverse in un arco piuttosto ampio e anche se i singoli interventi, convergenti e coordinati verso l'unico fine, attingono a fonti*

scientifiche ed a tecniche affatto diversi tra loro" (Cass., sent. n. 2325/1999). L'assunto chiarisce la non invocabilità dell'affidamento nel corretto operato altrui laddove quest'ultimo risulti palesemente in contrasto con le regole minime della *leges artis*, come tali conoscibili anche da uno specialista di una diversa branca disciplinare (così anche Cass. sez. IV, 31.10.2008, n. 1329, che ha escluso l'invocabilità del principio in esame qualora vi siano *"ragioni oggettive e/o soggettive che possono e debbono far dubitare dell'adeguatezza della condotta di uno dei partecipanti all'equipe medica o comunque della fondatezza e sostenibilità della diagnosi comunicata verbalmente in sala operatoria"*).

Si appalesa così la necessità di porre degli argini al disimpegno e alla noncuranza che potrebbero diversamente dominare in danno della salute del malato, bene fondamentale alla cui tutela è preposta la posizione di garanzia che fa capo ai sanitari i quali cooperano per il miglioramento (*rectius*: promozione) della stessa. Ripugna alla coscienza sociale l'immagine di un medico che, pur nell'ambito di una cooperazione con altri colleghi, si disinteressa completamente dell'operato di chi con lui espliciti l'intervento, nonostante l'omissione o l'erroneo apporto del collega sia dal medesimo agevolmente evitabile o a posteriori ovviabile (così Cass., sez. IV, 18.2.2010, n. 10454).

L'opinare è condiviso da un'altra pronuncia di legittimità, di poco anteriore, ove si legge che *"nel caso di 'equipes' chirurgiche e, più in generale, in quello in cui ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medicochirurgica...ogni sanitario...è tenuto ad osservare gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio o facendo in modo che si ponga opportunamente rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio"* (Cass. n. 22579/2005 (fattispecie in cui una pinza chirurgica era rimasta nell'addome del paziente, v. per un caso simile ugualmente risolto Cass. n. 39062/2004, che richiama Cass., sent. n. 24036/2004).

Sull'esigenza di un attento monitoraggio del seppur non contestuale agire altrui incentra la propria indagine anche la sentenza n. 12275/2005, nella quale si precisa che *"la posizione di garanzia dell'equipe chirurgica nei confronti del paziente non si esaurisce con l'intervento, ma riguarda anche la fase post-operatoria, gravando sui sanitari un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato; ne consegue che dalla violazione di tale obbligo, fondato anche sul contratto d'opera professionale, può discendere la responsabilità penale dei medici qualora l'evento dannoso sia causalmente connesso ad un comportamento omissivo ex art. 40 comma 2 c.p."*.

L'argomento poggia sull'esame di una fattispecie concreta in cui era stata riconosciuta la responsabilità per il reato di cui all'art. 589 c.p. dei componenti l'equipe chirurgica, colpevoli di aver fatto rientrare il paziente nel reparto dopo l'intervento, anziché sottoporlo a terapia intensiva, sottovalutando elementi significativi, quali l'incremento progressivo della pressione arteriosa e della frequenza cardiaca, che rendevano prevedibile un'insufficienza respiratoria.

A questo riguardo, un'altra pronuncia si è occupata della posizione del capo dell'equipe per non adeguata assistenza post-operatoria. Si è sostenuto che **il capo dell'equipe** operatoria è titolare di un'ampia 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, anche attraverso interposta persona, purché qualificata ed idonea, le nuove condizioni di salute del paziente (Cass. 1.6.2010, n. 20584, nella fattispecie - decesso della vittima nella fase successiva all'intervento chirurgico - il medico è stato ritenuto, insieme agli altri operatori sanitari imputati, responsabile del decesso proprio in quanto, nella sua qualità, avrebbe dovuto assicurarsi che la vittima fosse adeguatamente assistita dopo l'operazione da personale idoneo, cui egli avrebbe dovuto anche fornire tutte le indicazioni terapeutiche necessarie; così anche, Cass. 8.2.2005, n. 12275; Cass. 1.12.2004, n. 9739;).

Emerge *apertis verbis* l'esigenza che l'affidamento non operi quale esimente generalizzata e dai confini incerti, effetto che si verificherebbe qualora lo stesso venisse *invocato da chi colposamente trasgredisce una norma cautelare atta ad impedire eventi della stessa tipologia di quello in concreto verificatosi*.

Invero, specie nelle attività di *équipe* si delinea da un lato l'esigenza che il singolo agisca con massimo scrupolo nel settore di sua competenza, e dall'altro che la sua opera non resti una monade nel deserto ma si coordini con l'altrui attività, salvo che l'intervento specialistico congiunto del collega esuli completamente dall'ambito delle conoscenze esigibili, sconfinando in campi scientifici esasperatamente settoriali.

Nelle restanti ipotesi, che peraltro costituiscono la norma, il coordinamento tra i sanitari assume a regola di condotta, da cui consegue che *"l'eventuale evento dannoso, derivante anche dall'omissione del successore, avrà due antecedenti causali, non potendo la seconda condotta configurarsi come fatto eccezionale e sopravvenuto, di per sé sufficiente a determinare l'evento"* (Cass., sent. n. 18568/2005).

Nella stessa decisione, al necessario coordinamento dell'operare dei sanitari si aggiunge, quale ulteriore limite all'operatività della tutela dell'affidamento, la colposa violazione di regole precauzionali o l'omissione di determinate condotte, *"confidando che altri, succedendo nella posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio all'omissione"*.

Invero - come rimarcato dalla sentenza n. 10430/2004 - il principio *de quo* *"pacificamente, non è invocabile allorché l'altrui condotta imprudente, ossia il non rispetto da parte di altri delle regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente che viene in questione, si innesti sull'inosservanza di una regola precauzionale da parte di chi invoca il principio: ossia allorché l'altrui condotta imprudente abbia la sua causa proprio nel non rispetto delle norme di prudenza, o specifiche o comuni, da parte di chi vorrebbe che quel principio operasse"*.

Particolare interesse suscita, in ordine all'esatta perimetrazione dei contenuti applicativi della nozione di cui si tratta, l'ipotesi di abbandono dell'*équipe* prima del completamento delle ultime *routinès* (ad es. computo delle pinze usate nell'intervento chirurgico). Consta al riguardo un *dictum* degli ermellini giunto a rimarcare che nella *"circostanza dello 'scioglimento dell'equipe operatoria', che abbia a verificarsi quando ancora l'intervento deve essere completato da adempimenti di particolare semplicità, (si) esclude l'elemento della colpa per negligenza in capo al medico che ha abbandonato anticipatamente l'equipe, sempre che non si tratti di intervento operatorio ad alto rischio e l'allontanamento sia giustificato da pressanti ed urgenti necessità professionali"* (Cass., sent. n. 22579/2005).

Nel rapporto tra **chirurgo e aiuto chirurgo**, si è osservato che lo svolgimento dell'attività propedeutica all'intervento chirurgico da parte dell'aiuto non esime il chirurgo dal controllare e approfondire lo stato del paziente prima di procedere all'intervento. In caso contrario, se l'intervento non viene eseguito correttamente per errore indotto dall'aiuto il chirurgo, assieme al primo, risponde delle lesioni colpose subite dal paziente per effetto dell'intervento (Cass. 40789/2008, in cui l'aiuto chirurgo aveva dato indicazione al chirurgo di intervenire sul testicolo sano del paziente).

Negli stessi termini si è espressa la Suprema Corte, sempre nell'ambito di tale rapporto, distinguendo peraltro tra fasi dell'intervento. In questa sentenza si legge infatti che nell'attività chirurgica di *équipe* tutti i soggetti partecipanti sono tenuti a esercitare il controllo sul buon andamento dell'intervento chirurgico e, in particolare, tutti i soggetti intervenuti all'atto operatorio devono partecipare ai controlli volti a fronteggiare il frequente e grave rischio di lasciare nel corpo del paziente oggetti estranei, conseguendone che non è neppure consentita la delega delle proprie incombenze agli altri componenti, perché ciò vulnererebbe il carattere plurale, integrato, del controllo, che ne accresce l'affidabilità. E ciò vale, in generale, per tutte le fasi dell'intervento chirurgico in cui l'attività di *équipe* è corale, riguardando quelle fasi dell'intervento chirurgico in cui ognuno esercita e deve esercitare il controllo sul buon andamento dello stesso. Diverso discorso deve farsi, invece, per quelle fasi in cui, distinti nettamente, nell'ambito di un'operazione chirurgica, i ruoli e i compiti di ciascun elemento dell'*équipe*, dell'errore o dell'omissione ne può rispondere solo il singolo operatore che abbia in quel momento la direzione dell'intervento o che abbia commesso un errore riferibile alla sua specifica competenza medica: l'anestesista, per intendersi, non potrà certo rispondere dell'errore del chirurgo, come questi non risponderà di una inidonea somministrazione di anestetico da parte del primo. Da queste premesse, relativamente a un addebito di lesioni colpose in danno di un paziente cui, durante un intervento chirurgico, era stata negligenzemente dimenticata nell'addome una pezza laparatomica, è stato rigettato il ricorso presentato dall'aiuto chirurgo, il quale sosteneva che del fatto dovesse rispondere il primario che aveva eseguito personalmente l'atto operatorio (Cass. sez. IV, 21.9.2009, n. 36580).

Quanto alla figura dello **specializzando**, si è di recente paventata una responsabilità che si profila *sub specie* di colpa per assunzione, cioè per essersi cimentato in un'attività che esula dalle proprie conoscenze specialistiche o per le quali la gradualità dell'apprendimento ancora non consente una completa padronanza dei contenuti di carattere pratico-operativo.

E' dunque l'assunzione stessa di un compito per il quale non si possiedono preparazione tecnica e/o competenze adeguate a decretare la trasgressione di una regola cautelare di natura generica; dalla presa in carico deriva infatti l'acquisizione di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con chi impartisce direttive per il corretto espletamento dell'intervento intrapreso (Cass., sent. n. 53117/1999).

La necessità di uniformarsi alle indicazioni elargite da chi si trova in posizione apicale non comporta tuttavia, per orientamento pacifico di legittimità, una esenzione da responsabilità qualora le stesse non risultino appropriate per tutelare l'incolumità ed in generale la salute del paziente, sorgendo in tali evenienze l'obbligo giuridico dello specializzando di astenersi dalle direttive ricevute.

2.1.1. La posizione di garanzia del primario ospedaliero

Connessa alla tematica in esame, è quella concernente la posizione di garanzia del primario ospedaliero, o meglio del *capo dirigente medico* in seguito alla riforma del sistema sanitario, intervenuta ad opera del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, e del d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229, con cui il legislatore ha voluto sostituire la struttura verticistica con un'organizzazione più efficiente di tipo aziendalistico. Le figure del primario, dell'aiuto primario e dell'assistente sono state sostituite con quella di dirigente medico di vario livello. Sono stati, inoltre, ridotti i vincoli gerarchici, riconoscendo una maggiore autonomia ai singoli medici.

La Suprema Corte, ancor prima di esaminare la portata del principio di affidamento nel caso in cui il "primario" chirurgo sia a capo dell'equipe operatoria (analisi che attiene al momento psicologico del reato, da esaminare solo dopo aver accertato la sussistenza dei profili materiali caratterizzanti il reato stesso), ha sostenuto la sussistenza in capo a questi di una vera e propria posizione di garanzia rispetto alle condizioni di salute del paziente operato. In particolare, si è sostenuto che il primario ospedaliero non può addurre a discolta che al reparto sono assegnati altri medici o che il suo intervento è dovuto solo in casi di particolari difficoltà o di complicazioni, e ciò perché il medico appartenente alla posizione apicale ha il potere di impartire istruzioni e direttive alle cure e di verificarne l'attuazione. (cfr. Cass. 1.6.2010, n. 20584, nella specie si è mosso al primario, capo dell'equipe chirurgica, il rimprovero di non avere tenuto il comportamento collegato alla posizione di garanzia che gli era propria, in vista della fase post operatoria, trasferendo tale posizione a personale paramedico svelatosi non in grado di fare fonte all'assistenza dei pazienti appena sottoposti ad interventi di chirurgia e ad un medico reperibile solo dietro chiamata; si è anche osservato che, se è vero che gli obblighi di garanzia connessi all'esercizio della professione sanitaria possono essere delegati, con conseguente esclusione della responsabilità del titolare originario della posizione di garanzia, è però necessario perché ciò avvenga non solo che il delegato sia persona capace e competente nel settore ma anche che il delegante tenga sempre conto della peculiarità del caso in esame, dell'eventuale carattere di urgenza che lo stesso presenta e della gravità dello stato di salute del paziente).

Si badi bene, la posizione di garanzia del "primario" è stata affermata in giurisprudenza al di là del fatto che questi sia a capo di un'equipe chirurgica, essendo comunque tenuto a salvaguardare (assieme agli altri sanitari, cioè medici ed infermieri) la salute dei pazienti ricoverati presso il suo reparto, al di là del tipo e della gravità della patologia. Si è infatti sostenuto che *"La riforma, pur attenuando il vincolo gerarchico tra dirigente e medici subordinati ed eliminando formalmente la figura del primario, non ha cancellato la figura del capo-dirigente medico del reparto, il quale, per la posizione apicale rivestita, mantiene quindi il potere-dovere di indirizzo, programmazione e vigilanza sui medici che lavorano nel reparto. Ne consegue che, qualora l'ex primario ora dirigente venga meno all'esercizio/adempimento di detti doveri ai quali è vincolato, sarà anch'egli responsabile della condotta colposa dei medici suoi subordinati.*

Viceversa, tenuto conto anche delle dimensioni della struttura ospedaliera, del numero e continuo ricambio delle degenze, dell'insorgenza repentina di patologie gravi, è esclusa la responsabilità del dirigente apicale per la condotta omissiva del sanitario collaboratore,

allorché abbia correttamente e scrupolosamente posto in essere le tre condotte a questi attribuite: direttiva; delega; vigilanza, verifica e eventuale avocazione" (Cass. 23.12.2005, n. 47145, per cui l'omesso esercizio di siffatte competenze causa il coinvolgimento del dirigente medico nella responsabilità per il fatto omicidiario, conseguente all'omissione colposa del trattamento terapeutico, commesso dai medici collaboratori; così anche Cass. 19.1.2009, n. 1866).

2.2. L'affidamento nell'altrui condotta nella circolazione stradale: la Cassazione assume una posizione coerente.

Nell'ambito dei reati colposi commessi mediante la circolazione di veicoli (lesioni colpose o omicidio colposo), è discusso l'ambito di operatività del principio di affidamento.

Secondo un primo indirizzo, il principio di affidamento non può trovare applicazione nell'ambito di tali reati colposi, commessi a seguito di violazione di norme sulla circolazione stradale. Tale conclusione si fonda sulla considerazione che tali norme impongono severi doveri di prudenza e diligenza proprio per fare fronte a situazioni di pericolo, anche quando siano determinate da altrui comportamenti irresponsabili.

Un diverso orientamento ritiene invece che tale principio possa operare pure con riferimento alla circolazione stradale, facendo leva sulla necessità, in tema di accertamento della colpa, della verifica della prevedibilità in concreto, sicché si impone la valutazione (ai fini della sussistenza della colpa) se, nelle condizioni date, l'agente dovesse e potesse concretamente prevedere le altrui condotte irregolari (così, Cass. 4.12.2009, n. 46741, che dà conto anche dell'opposto orientamento; nella specie, è stata ritenuta in concreto imprevedibile per l'imputato - che, a bordo di una autovettura, percorreva una strada statale, e stava avviando manovra di svolta a sinistra per accedere ad un'area di servizio che si trovava sul lato opposto della carreggiata, profittando del fatto che alcuni veicoli, tra cui in particolare un autoarticolato, che procedevano nell'opposto senso di marcia, si erano fermati per favorire la manovra - la condotta di una ciclomotorista che aveva sorpassato scorrettamente sulla destra la colonna ferma di autoveicoli, omettendo inoltre di fermarsi o rallentare in prossimità dell'ingresso all'impianto di distribuzione di carburanti).

Tale indirizzo è stato confermato dalla Suprema Corte che ha chiarito che il conducente deve regolare la propria condotta stradale in modo che non costituisca pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose, dovendo prendere in considerazione anche l'eventuale comportamento irregolare degli altri utenti della strada, purché tale comportamento non assuma il carattere della imprevedibilità (Cass., sez. IV, 24.11.2010, n. 41571, nella quale si legge che *"l'imputata, una volta avviata la manovra di svolta, prima di immettersi nell'opposta semicarreggiata avrebbe dovuto arrestarsi prudenzialmente, mettendo in conto la possibilità che alcuno, pur con manovra imprudente, procedesse sorpassando le auto ferme. Tale genere di condotta, posta in essere dal conducente della moto, pur essendo censurabile, non è del tutto imprevedibile, considerato anche che la disciplina della circolazione stradale pone a carico dell'agente di mettere in conto l'eventualità di condotte inosservanti della disciplina della circolazione"*; così anche Cass., sez. IV, 15.7.2010, n. 32202).

3. La preterintenzione: le tesi sull'imputabilità dell'evento più grave non voluto.

Dopo aver descritto il dolo, prima di introdurre la nozione di colpa, l'art. 43 del codice vigente indica le generalità di un altro coefficiente soggettivo alternativo ai due menzionati: la preterintenzione che si realizza quante volte, dall'azione o dall'omissione derivi un evento più grave di quello voluto dall'agente.

Solamente **due le ipotesi normative espressamente tipizzate** in senso preterintenzionale: il particolare omicidio previsto all'art. 584 c.p. e il delitto di aborto preterintenzionale, introdotto dall'art. 18 L. 22 maggio 1978 n. 394, che stigmatizza la condotta di chi determini l'interruzione della gravidanza con azioni dirette a provocare lesioni (e non anche percosse come ex art. 584 c.p.) alla gestante.

In merito alle menzionate fattispecie delittuose i problemi più dibattuti si registrano sul crinale soggettivo, non registrandosi uniformità di vedute in merito al nesso psicologico con l'evento più grave (la morte della vittima o l'aborto della donna) non voluto.