

CONCORSO IN MAGISTRATURA 2011 - LE TRACCE DI DIRITTO PENALE

Per le tracce non estratte, rispettivamente in tema di “*responsabilità degli enti ex lege 231/2001*”, e “*agente provocatore*”, si segnala:

- per la traccia “*responsabilità degli enti ex lege 231/2001*”, la trattazione sul *Manuale di diritto penale*, Neldiritto Editore, 2011 alle pagg. 363 ss. e su *Tracce di diritto penale*, Neldiritto Editore, 2011, pag. 197 ss.;

- per la traccia “*agente provocatore*”, la trattazione sul *Manuale di diritto penale*, Neldiritto Editore, 2011 alle pagg. 1278 ss., con approfondita trattazione della nuova disciplina dell’agente provocatore contenuta nella legge 13 agosto 2010, n. 136.

Traccia di penale estratta

“*Profili della cooperazione nel delitto colposo e criteri di imputazione della responsabilità anche nelle ipotesi di condotta frazionata.*”

Si riportano le parti del *Manuale di diritto penale*, Neldiritto Editore, 2011 e di *Tracce di diritto penale*, Neldiritto Editore, 2011, relative al tema estratto.

A. Inquadramento (tratto da Roberto GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale*, P.G., Neldiritto Editore, 2011, 1291-1298)

44. La cooperazione colposa.

L’art. 113 del codice penale prevede che “nel delitto colposo, quando l’evento è stato cagionato dalla cooperazione di più persone, ciascuna di queste soggiace alle pene stabilite per il delitto stesso”¹.

La norma prende in considerazione e disciplina un’autonoma ed autentica ipotesi di concorso di persone nel delitto colposo, che presenta peculiari caratteri legati alla natura colposa del delitto. Occorre infatti coniugare il presupposto proprio del concorso — ovvero la coscienza e volontà di prendere parte alla realizzazione plurisoggettiva del fatto — con la struttura stessa della colpa, *prima facie* incompatibile con il concetto di consapevole volontà². Va preliminarmente chiarito che, proprio in considerazione della natura colposa del delitto, ciò che deve essere accertato in capo ai concorrenti, ai fini dell’applicazione dell’art. 113 c.p., non è la volontà di concorrere alla realizzazione del reato ma la coscienza e volontà di concorrere alla condotta violatrice delle norme cautelari, condotta in cui appunto si concretizza il reato.

Partendo da tale premessa, è agevole tracciare i confini esterni della figura della cooperazione colposa, con particolare riferimento al contiguo fenomeno del concorso di cause colpose indipendenti.

Il tratto distintivo della figura in esame rispetto a quest’ultimo risiede, infatti, nella necessaria sussistenza, quale inaddivicabile requisito strutturale della fattispecie, di un legame psicologico con l’agire altrui³. Nel concorso di cause colpose indipendenti l’evento è, invece, il frutto di una coincidenza di più azioni od omissioni non collegate tra loro da alcun vincolo subiettivo⁴.

Se è, pertanto, pacifico che nella cooperazione colposa è richiesta la consapevolezza, in capo al soggetto agente, della convergenza delle volontà dei singoli concorrenti nella realizzazione della condotta produttrice dell’evento, restano invece incerti i confini entro i quali tale consapevolezza deve estendersi.

La dottrina maggioritaria sostiene che la cooperazione colposa presuppone l’ulteriore condizione della

¹ La norma in questione costituisce il punto di approdo dell’articolato dibattito che, vigente il codice Zanardelli, si era sviluppato in ordine alla teorica ammissibilità, già sul piano logico, di una tale figura di partecipazione criminosa, negandosi, da parte di alcuni, la compatibilità tra il carattere “involontario” del fatto colposo (in cui l’evento lesivo non è voluto dall’agente) ed il concorso di persone del reato, imprescindibilmente fondato, in questa prospettiva, sul previo “concerto”: l’introduzione del precetto esprime, quindi — ad onta del ricorso al termine “cooperazione” in luogo di quello “concorso”, che indusse in equivoco, al tempo dell’introduzione della norma, più di un commentatore —, la scelta del legislatore di apprestare un’apposita disciplina per i casi di concorso colposo ad un altrui fatto, esso pure colposo, con effetto *tranchant* su ogni residua perplessità, sì da consegnare le antiche discussioni scientifiche all’interesse degli storici del diritto. Cfr. sulla tematica CAPPUCCIO, *La cooperazione colposa: struttura, funzione dell’art. 113 c.p., ambito di applicabilità. Differenze anche applicative rispetto al concorso di colpe*, in *Studi*, cit., 1163 ss.

² Si è ribattuto, al riguardo, che non si deve concepire e ricostruire l’istituto del concorso colposo sulla falsariga del concorso doloso, con ciò ignorando le strutturali differenze inevitabilmente sussistenti e naturalmente riannodabili alla ontologica diversità registrabile tra l’elemento psicologico proprio del concorso colposo e il dolo di concorso.

³ Questa la posizione della giurisprudenza: “nella cooperazione colposa ognuno dei cooperanti ha la consapevolezza di partecipare all’azione od omissione di altri che, insieme con la sua condotta, è causa dell’evento non voluto, mentre nel concorso di cause si verifica coincidenza fortuita di azioni od omissione nella produzione dello stesso evento, sicché ogni azione od omissione resta imputabile come fatto a sé stante importando separata responsabilità per distinti reati” (così, *ex plurimis*, Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 1986).

⁴ Cass., 23 novembre 1987, in *Riv. pen.*, 1989, 188.

consapevolezza del carattere colposo della condotta altrui⁵.

Affinché possa dirsi integrata la fattispecie concorsuale delineata dall'art. 113 c.p. è necessario che sussista nel concorrente la coscienza e la volontà di concorrere, non già certo nella realizzazione dell'intera fattispecie di reato (posto che si sarebbe altrimenti al cospetto dell'elemento psicologico tipico del concorso doloso), ma nella realizzazione della condotta (comune o altrui) contraria a quelle regole cautelari, prasseologiche o scritte, intese a prevenire il verificarsi di eventi dannosi o, comunque, a ridimensionarne la portata entro limiti di tollerabilità socialmente accettabili.

Ed invero, se la mancanza della volontà di concorrere nella commissione dell'intero fatto criminoso (elemento negativo) vale a differenziare il concorso colposo da quello doloso, la coscienza e volontà di partecipare alla realizzazione della condotta violatrice della regola prudenziale (elemento positivo, in uno alla previsione o prevedibilità ed evitabilità dell'evento criminoso) consente di tracciare il *discrimen* tra la fattispecie di cui all'art. 113 c.p. e quella del concorso di azioni colpose indipendenti.

In linea più generale, sempre in tema di legame psicologico tra le condotte sanzionate *ex art.* 113 c.p., sotto il profilo oggettivo, l'inosservanza rilevante può riguardare una regola cautelare incombente in via diretta sull'agente (es.: prestare l'automobile a chi si sa non abilitato alla guida), comune ai compartecipi (es.: organizzare in gruppo un falò in condizioni ambientali tali da evidenziare il rischio di incendi), ovvero propria di uno solo dei soggetti coinvolti (es.: istigare il guidatore a spingere sull'acceleratore).

A tale requisito deve accompagnarsi, in omaggio ai canoni ordinariamente vigenti in materia di responsabilità colposa, quello della previsione o, quantomeno, della prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo, quale requisito dal quale non è dato prescindere ai fini dell'imputazione soggettiva del fatto al concorrente.

Tale tesi è stata, però, sottoposta, in tempi relativamente recenti, a revisione⁶ da chi ha obiettato, da un lato, che tra cause colpose indipendenti e cooperazione colposa sussiste, a ben vedere, una equivalenza assiologica che non giustifica la disparità di trattamento normativo, e, dall'altro, che il criterio discrezionale proposto costituisce il retaggio di un approccio alla materia su basi psicologiche, confliggente con l'evoluzione in senso normativo che connota la maggior parte delle moderne indagini sul reato colposo monosoggettivo.

Dinanzi a tali critiche va però innanzitutto ribadito che il sommarsi di più condotte negligenti è obiettivamente più pericoloso se frutto di una scelta consapevole rispetto a quanto accade quando è il risultato casuale di sfavorevoli circostanze di fatto: ciò giustifica, da un canto, la distinzione concettuale tra ipotesi non coincidenti sotto il profilo dogmatico, dall'altro, la differenziazione della risposta sanzionatoria.

In secondo luogo, per quel che attiene alla segnalata esigenza di rileggere l'istituto della cooperazione colposa alla luce della costruzione dell'illecito colposo nella chiave normativa di violazione del dovere di diligenza, va considerato che, pure ammettendo che, in talune ipotesi di colpa (si pensi, ad esempio, alle c.d. omissioni per dimenticanza) manca un effettivo substrato psicologico nel comportamento dell'agente (connotato certo presente, tuttavia, in altre ipotesi, quali quelle connotate da colpa con previsione), non può, per ciò solo, escludersi dal novero degli elementi costitutivi della fattispecie concorsuale colposa il requisito di natura psichica che, anzi, svolge, nel reato plurisoggettivo, un ruolo specifico, evitando la sovrapposizione tra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti.

Sulla questione, di recente *Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786*, che, nell'esaminare la natura ed il contenuto dell'elemento soggettivo che deve intercorrere tra le condotte dei partecipi, conferma che tale nesso va individuato nella consapevolezza di cooperare con altri. Ha tuttavia ritenuto che la tesi della mera consapevolezza, in capo al partecipe, della convergenza della propria condotta a quella altrui implica il rischio di creare un'eccessiva dilatazione dell'imputazione, mentre la opposta concezione che richiede la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui comportamento reca il rischio opposto di svuotare di significato la norma e di renderla inutile, una tale consapevolezza potendo implicare un comportamento penalmente rilevante già in via autonoma⁷.

In particolare, il criterio per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione è stato individuato nel concetto di "interazione prudente".

I Giudici di legittimità hanno affermato, in particolare, che "...le preoccupazioni di eccessiva estensione della fattispecie di cooperazione connesse alla mera consapevolezza dell'altrui condotta concorrente non sono certo prive di peso. Esse pare possano essere arginate solo individuando con rigore, sul piano fenomenico, le condotte che si pongono tra loro in cooperazione. Occorre cioè che il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza. In tali situazioni, l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che, come si è accennato, sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche. In tutte tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui. Si genera

⁵ LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 615.

⁶ ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi in memoria di Delitalia*, I, Milano, 1984; BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale, parte generale*, Milano, 1982.

⁷ La Corte richiama pertanto, con questa argomentazione, le obiezioni mosse, alla teoria che richiede la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta, dalla dottrina maggioritaria, la quale ha evidenziato che in tale ipotesi l'agente si rappresenterebbe la possibilità di realizzare l'evento attraverso il proprio contributo, cosicché gli sarebbe movibile un rimprovero per dolo eventuale (GRASSO, *Commento all'art. 113 c.p.*, cit., 220), oppure che, in tale ipotesi, l'art. 113 c.p. sarebbe limitato alle sole ipotesi di colpa con previsione e ad ipotesi in cui già è movibile un autonomo rimprovero per colpa (RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 155).

così un legame ed un'integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell'azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale pretesa d'interazione prudente individua il canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione. La stessa pretesa giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoresponsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa.

Il fenomeno della cooperazione colposa è così delimitato entro confini ben delineati, coincidenti con i settori nei quali il coinvolgimento di più persone discende dalla legge, da esigenze organizzative relative alla gestione del rischio, oppure da circostanze contingenti ma comunque oggettive, e sempre che via sia la consapevolezza in capo al compartecipe che la propria condotta accede a quella di altri. In questa situazione, l'intersezione delle varie condotte estende il novero degli obblighi cautelari, e pone il dovere di ciascun agente di relazionarsi e preoccuparsi anche della condotta degli altri soggetti che intervengono nella stessa situazione: la violazione di tale obbligo rende colpose condotte che tali non sarebbero alla stregua della fattispecie incriminatrice.

In tema, ancora, *Cass. pen. sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4107*, secondo cui «ciò che contraddistingue la forma di concorso che il codice qualifica come cooperazione nel delitto colposo (concorso che viene detto anche "improprio") è il legame psicologico che si instaura tra gli agenti, ognuno dei quali è conscio della condotta degli altri».

Ad avviso della Corte, la consapevolezza riguarda esclusivamente la partecipazione di altri soggetti e non, come è ovvio trattandosi di reati colposi, il verificarsi dell'evento.

Non è richiesto, invece, perché possa essere ritenuta la cooperazione colposa, un dippiù costituito dalla specifica coscienza o conoscenza sia delle persone che cooperano sia delle specifiche condotte da ciascuno poste in essere.

Non ignora la Corte che una corrente dottrinale sostiene che, per ipotizzare la cooperazione, sia necessaria la consapevolezza anche della natura colposa dell'altrui condotta ma questa tesi non è mai stata condivisa dalla dottrina dominante che ha obiettato che, richiedendo questo requisito, la cooperazione sarebbe configurabile solo nel caso di colpa cosciente⁸.

La Corte, sul presupposto che l'elemento soggettivo della partecipazione colposa implica la sola consapevolezza della convergenza della propria condotta con quella di altri, e non richiede né la conoscenza del contenuto specifico delle condotte degli altri, né dell'identità dei partecipi, ha ritenuto che la cooperazione è ipotizzabile anche in tutti quelle ipotesi nelle quali un soggetto è cosciente della partecipazione di altri al contesto in cui si svolge la sua condotta o, più specificamente (e con riguardo alla fattispecie in esame o a casi consimili) interviene essendo a conoscenza che la trattazione del caso non è a lui soltanto riservata perché anche altri soggetti ne sono o ne saranno investiti. Queste conclusioni non riguardano soltanto l'organizzazione sanitaria perché analoghi esempi potrebbero farsi in relazione ad altre organizzazioni complesse quali le imprese e settori della pubblica amministrazione (si pensi alla formazione di atti complessi nei quali confluiscono atti adottati da persone diverse in tempi diversi senza alcun rapporto tra i partecipi). Orbene in tutti questi casi esiste il legame psicologico previsto per la cooperazione colposa perché ciascuno degli agenti è conscio che altro soggetto (medico, pubblico funzionario, dirigente ecc.) ha partecipato o parteciperà alla trattazione del caso; in particolare, per quanto riguarda l'attività medico chirurgica, l'agente è consapevole che, per quella specifica patologia che ha condotto a sottoporre il paziente al trattamento terapeutico, altri medici sono investiti del medesimo trattamento.

Nell'enunciare il contenuto del nesso soggettivo che intercorre tra i partecipi nella cooperazione colposa, la Corte di Cassazione ha così evidenziato che esso non implica la rappresentazione della reale e precisa consistenza materiale delle condotte dei compartecipi, ma la sola conoscenza del fatto dell'intervento dell'opera di terzi⁹.

L'inquadramento di una data condotta nella figura disciplinata dall'art. 113 c.p. anziché in quella del concorso di cause colpose indipendenti, lungi dall'esaurirsi in uno sterile dibattito dogmatico, presenta rilevanti riflessi sul piano pratico.

La sussunzione nella fattispecie di cui all'art. 113 c.p. determina, in primo luogo, la possibilità di concedere, ricorrendone gli ulteriori presupposti, l'attenuante di cui all'art. 114 c.p.¹⁰: nel dettaglio la circostanza attenuante può essere riconosciuta al fine di adeguare il trattamento sanzionatorio in funzione dell'oggettivo apporto fornito da ciascun concorrente.

Essa comporta, inoltre, l'operatività dell'effetto estensivo ex art. 123 c.p. della querela eventualmente sporta nei confronti di uno solo dei concorrenti nell'unico reato.

Sempre per quel che attiene alle specifiche questioni applicative, è discussa in dottrina l'armonizzabilità con la struttura del concorso colposo dell'art. 117 c.p. A fronte di un primo indirizzo diretto ad escludere siffatta compatibilità sull'assunto del carattere necessariamente doloso dell'atteggiamento destinato a connotare sul versante psicologico l'*extraneus*, pare prevalentemente seguita la diversa opzione volta ad escludere ogni incompatibilità; alla stregua di quest'ultimo indirizzo, quindi, l'art. 117 c.p. va applicato al concorso colposo allorché l'*extraneus* ignori per errore determinato da colpa la qualifica rivestita dall'*intraeus*. Per parte della dottrina, inoltre, il concorso colposo può essere, in ipotesi, anche unilaterale, il che accade quando soltanto uno

⁸ L'obiezione da ultimo menzionata è sollevata, tra gli altri, da RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 155.

⁹ La Corte di Cassazione ha ricostruito il panorama giurisprudenziale, dando atto che il più recente orientamento ne ha ritenuto l'ammissibilità (sono citate Cass., sez. IV, 14 novembre 2007 n. 10795, Pozzi, rv. 238957 e Cass., sez. IV, 9 ottobre 2002 n. 39680, Capecchi, rv. 223214, nonché, già in precedenza: Cass., sez. IV, 20 maggio 1987 n. 8891, De Angelis, rv. 176499 e 4 novembre 1987 n. 875, Montori, rv. 177472), mentre altri precedenti si sono espressi in senso contrario (si menzionano la sentenza della sez. IV, 11 ottobre 1996 n. 9542, De Santis, rv. 206798, della sez. III, 20 marzo 1991 n. 5017, Festa, rv. 187331, delle Sezioni Unite, 3 febbraio 1990 n. 2720, Cancilleri, rv. 183495, con la precisazione che solo la prima può ritenersi contraria alla ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso, perché la seconda e la terza riguardano il caso del concorso colposo del notaio nel reato di lottizzazione abusiva che, all'epoca delle menzionate sentenze, è ritenuto di natura dolosa, con la conseguente impossibilità di ritenere una partecipazione colposa in un reato previsto solo nella forma dolosa, ai sensi dell'art. 42 co. 2 c.p.

¹⁰ In tal senso cfr. Cass. pen., sez. IV, 22 novembre 1991, n. 11908.

dei concorrenti sa di cooperare con altri: conseguenza obbligata di tale situazione fattuale è l'applicazione del regime concorsuale all'unico soggetto consapevole.

Delimitato l'ambito applicativo dell'art. 113 c.p., resta dibattuto se la norma svolga funzione solo di disciplina od anche incriminatrice; se cioè sia destinata ad attribuire rilevanza penale a comportamenti colposi atipici rispetto alle fattispecie monosoggettive di parte speciale, non punibili in assenza di una norma *ad hoc* estensiva della punibilità, ovvero — relegata su di un piano meramente disciplinatorio — sia diretta ad assoggettare ad un particolare trattamento penale fatti già autonomamente sanzionabili in base alle fattispecie di parte speciale.

A tal fine, è necessario ulteriormente distinguere i reati cc.dd. “a forma vincolata” o di “mera condotta” dai reati causalmente orientati. Relativamente ai primi la norma in esame svolge una indubbia funzione incriminatrice, consentendo la punizione di comportamenti di mera agevolazione di un fatto colposo altrui altrimenti non perseguibili in quanto tali.

Più discusso è il ruolo che l'art. 113 c.p. svolgerebbe in relazione alle fattispecie casualmente orientate. Parte della dottrina attribuisce alla norma una analoga funzione incriminatrice, mediante l'innalzamento al rango di contegno penalmente sanzionato di condotte partecipative che, per il taglio tipicamente agevolatorio, non sarebbero, in sé, legate da nesso eziologico nei confronti del risultato lesivo; lo stesso accadrebbe per ciò che concerne il concorso colposo in reato commissivo mediante omissione, in specie per il caso in cui il contributo di partecipazione venga fornito da persona estranea alla specifica situazione di garanzia dalla quale promana la responsabilità penale¹¹.

Non mancano però incongruenze in tale costruzione teorica, soprattutto nella parte in cui assume l'applicabilità dell'art. 113 c.p. ai reati colposi casualmente orientati, a partire dalla ingiustificata sovrapposizione al parametro materiale di quello psicologico, che afferrisce, piuttosto, al tema della colpevolezza: essa, infatti, attribuisce decisiva rilevanza alla mera consapevolezza di concorrere con altri, pur in carenza di diretto contrasto tra la condotta serbata ed una o più regole di diligenza, prudenza, perizia, andando in senso contrario rispetto alla più recente evoluzione della teoria della colpa penale, che, utilizzando parametri normativi, sottolinea l'esigenza di rinvenire la violazione del dovere oggettivo di diligenza già sul piano della tipicità del fatto colposo.¹²

Sulla questione, di recente, *Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786*, secondo cui l'art. 113 c.p. esercita una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto a *condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte*.

Tale indirizzo interpretativo trova conferma, si legge nella motivazione della sentenza citata, nella disciplina degli articoli 113, co. 2, e 114 c.p., i quali prevedono, nell'ambito delle fattispecie di cooperazione, l'aggravamento di pena per il soggetto che ha assunto un ruolo preponderante e, simmetricamente, la diminuzione della pena per l'agente che abbia apportato un contributo di minima importanza: quest'ultima previsione, evocando condotte di modesta significatività, si riferirebbe proprio a comportamenti che sono sforniti di tipicità colposa e quindi non autosufficienti ai fini della affermazione di responsabilità in base alle norme incriminatrici di parte speciale.

Nell'esemplificare il principio esposto nei casi problematici, la quarta Sezione di Cassazione ha ritenuto che l'effetto estensivo dell'incriminazione operato dall'art. 113 c.p. si configura sicuramente nei reati commissivi mediante omissione, per incriminare l'apporto fornito all'omissione del garante dal soggetto non gravato dall'obbligo di impedimento dell'evento.

Pari efficacia incriminatrice è stata ritenuta rispetto alle condotte inosservanti di una regola cautelare di condotta attinente all'obbligo di controllare ed impedire le altrui condotte colpose: la Corte aderisce a quella dottrina che ha ravvisato una funzione

¹¹ Illuminante è, in proposito, l'esempio della moglie dell'infermiere che, convincendo il marito a trattenerci con lei, gli impedisce di adempiere puntualmente al dovere di assistenza sullo stesso gravante nei confronti di un soggetto gravemente ammalato che, causa il ritardo nell'attuazione della terapia, decede: la donna, in questa ipotesi, non è, invero, oberata da alcun obbligo giuridico di attivarsi in favore del paziente e può, pertanto, essere chiamata a rispondere di concorso in omicidio colposo solo in forza della proposta interpretazione dell'art. 113 c.p.

¹² Sotto altro aspetto, si è eccepito, l'accettazione dell'idea secondo cui in materia di cooperazione colposa l'indagine sulla causalità materiale possa essere postposta a quella sulla consapevolezza della cooperazione finirebbe con il legare, senza plausibili giustificazioni, la responsabilità ad un connotato di ordine eminentemente soggettivo, muovendo, per di più, dal presupposto, tutt'altro che scontato, dell'inserimento, nel novero delle condotte sanzionate ex art. 113 c.p., di comportamenti che non costituiscono *condiciones sine quibus* non rispetto all'evento lesivo. L'estensione agli illeciti a forma libera del meccanismo incriminatorio disciplinato dall'art. 113 c.p. si palesa ingiustificata giacché se, in questo tipo di reati, il disvalore si incentra, a prescindere dalle modalità della condotta, sulla verifica dell'evento lesivo alla stessa casualmente legato, e se, in caso di reato colposo, la condotta potrà essere punita solo se contrastante con il dovere oggettivo di diligenza, è evidente che l'incriminazione postulerà la ricorrenza dei medesimi requisiti indicati dalla fattispecie monosoggettiva laddove, mancando la violazione della regola cautelare ovvero il nesso di causalità, non sarebbe possibile ricorrere, in funzione estensiva della perseguibilità, al disposto dell'art. 113 c.p.: l'istituto in commento, quindi, servirebbe, limitatamente a tale categoria di reati, a sottoporre le eventuali ipotesi di collaborazione a un regime penale diverso da quello che si avrebbe applicando le sole fattispecie monosoggettive di parte speciale (funzione di mera disciplina). In ordine, poi, all'effetto di incriminazione che si pretende assegnare all'art. 113 c.p. in tema di reati omissivi impropri, si è obiettato che la dilatazione delle posizioni di garanzia — attuata sulla base della conoscenza, da parte del soggetto, estraneo al rapporto obbligatorio e chiamato, ciò nonostante, a rispondere a titolo di cooperazione colposa, dell'obbligo giuridico di impedire l'evento gravante su altra persona, e foriera di conseguenze inaccettabili (di tal modo che potrebbe ipotizzarsi, ad esempio, che la richiesta di informazioni al vigile urbano, impegnato a dirigere il traffico, porti alla cooperazione colposa nel sinistro generato dall'omessa attività dello stesso, impegnato nella risposta) — è frutto di una lettura analogica delle fattispecie commissive mediante omissione, improntata ad un generalizzato e onnicomprensivo criterio solidaristico ma, al contempo, diametralmente configgente con l'esigenza di delimitare con precisione questa tipologia di illeciti. Quanto, invece, ai reati a forma vincolata, la tesi negativa si fonda sull'assunto della loro incompatibilità con la fattispecie colposa, smentito però dalla presenza, a livello codicistico, di svariate ipotesi di reati colposi di mera condotta (si pensi, ad esempio, alla commissione per colpa di atti osceni in luogo pubblico), sicché si ammette, da parte dell'indirizzo ermeneutico maggioritario, l'operatività, in questi casi, della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p., grazie alla quale assurgono alla dignità di comportamenti penalmente significativi contributi atipici rispetto alla fattispecie monosoggettiva di parte speciale che, altrimenti, resterebbero ai margini dell'interesse del penalista. Tale fenomeno suscita, peraltro, perplessità sul piano politico-criminale, giacché, in forza di esso, verrebbe vulnerato il principio di frammentarietà della tutela penale attraverso la creazione di modi indiretti ed estensivi della tipicità e pur al cospetto di beni che il legislatore ha inteso tutelare solo contro determinate forme di aggressione: in chiave di riforma se ne auspica, pertanto, l'eliminazione.

incriminatrice dell'art. 113 c.p. rispetto a comportamenti che costituiscono violazione di obblighi di "natura secondaria"¹³.

La Corte di Cassazione, ha poi osservato che "meno definita appare la vasta area in cui è presente una condotta che, priva di compiutezza, di fisionomia definita nell'ottica della tipicità colposa se isolatamente considerata, si integra con altre dando luogo alla fattispecie causale colposa. Mentre la condotta tipica da luogo alla violazione della regola cautelare eziologica, quella del partecipe, come ritenuto da autorevole dottrina, si connota per essere pericolosa in una guisa ancora indeterminata. A tali condotte viene solitamente attribuita valenza in chiave agevolatrice. A tale ambito sembrano riferirsi non solo l'intitolazione dell'art. 113 c.p., che evoca il concetto di cooperazione colposa distinto da quello di concorso doloso; ma anche i lavori preparatori, quando si parla di scientia maleficii, di consapevolezza di concorrere con la propria all'altrui azione, di fascio di volontà cooperanti nel porre in essere il fatto incriminato.

La Corte di Cassazione aderisce ad una particolare elaborazione dottrina che ha riconosciuto efficacia incriminatrice all'art. 113 c.p., nei reati causali puri, nei casi in cui sussista in capo al partecipe la consapevolezza di concorrere nel fatto materiale altrui: la consapevole interazione tra le condotte consente di attribuire rilievo penale a condotte fornite di pericolosità ancora astratta ed indeterminata rispetto al fatto comune; la consapevolezza dell'interazione che lega le condotte dei partecipi estende il contenuto del dovere di diligenza fino a ricomprendere la generalmente irrilevante prevedibilità delle conseguenze del fatto comune¹⁴.

Ulteriore profilo problematico relativo all'art. 113 c.p. riguarda la configurabilità della cooperazione colposa negli illeciti contravvenzionali¹⁵.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza¹⁶ danno soluzione positiva al quesito, facendo leva sul dato letterale dell'art. 110 c.p. La norma cardine della disciplina del reato plurisoggettivo parla di concorso "nel reato", così manifestando un'opzione terminologica atta a ricomprendere tanto i delitti quanto le contravvenzioni.

Viene, peraltro, rimarcata la necessità di interpretare l'art. 113 c.p. (come noto, riguardante in modo espresso il solo "delitto colposo") alla luce dell'art. 42, secondo co., c.p. che impone la necessità di apposita previsione normativa ai fini della punizione dei delitti, ma non anche delle contravvenzioni colpose; l'illiceità penale delle medesime contravvenzioni colpose troverebbe fondamento, quindi, nel combinato disposto degli artt. 42, co. 4, c.p. ("Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa"), e 110 c.p.

Con maggiore impegno esplicativo, si è chiarito che l'art. 113 c.p., in questa prospettiva, farebbe riferimento ai soli delitti colposi, non per escludere le contravvenzioni, ma per parificare i delitti alle contravvenzioni, già contemplate nell'art. 110 c.p.

A fronte di ciò, non mancano, comunque, le voci di dissenso, che fanno leva, innanzitutto, sull'incongruenza derivante dall'adesione alla ricostruzione più diffusa, concretantesi nell'applicazione delle circostanze aggravanti previste dai nn. 1 e 2 dell'art. 112 c.p., non richiamate dal capoverso del successivo art. 113 c.p., alle ipotesi di concorso nelle contravvenzioni e non anche ai casi di cooperazione nei delitti colposi. Tale argomento, pure suggestivo, non appare decisivo, collegandosi esso ad un assunto di principio — la più intensa gravità, quale indefettibile connotato del delitto rispetto alla contravvenzione — attualmente, sottoposto a revisione critica. Da un altro versante, si obietta, poi, che, data l'elevata frequenza, sul piano statistico, delle fattispecie contravvenzionali a forma libera, il risultato in termini di incriminazione *ex novo* di comportamenti atipici sarebbe di peculiare consistenza, onde una norma dedotta implicitamente dal testo dell'art. 110 c.p. finirebbe con l'assumere una portata incriminatrice assai vasta, effetto che, più opportunamente, dovrebbe essere rimesso ad una espressa previsione normativa. D'altra parte, a causa del descritto fenomeno, verrebbero sanzionati contributi di gravità ridotta, e ciò in contrasto con la tendenza alla riduzione dell'intervento del giudice penale che ha orientato, specie negli ultimi anni, le scelte del legislatore. Si tratta, tuttavia, di preoccupazione non decisiva se solo si considera che la punibilità è sempre condizionata, anche nell'ipotesi di concorso nel reato contravvenzionale, al riscontro di presupposti generali sopra illustrati.

B. UN'IPOTESI PARTICOLARE: IL CONCORSO COLPOSO NEL DELITTO DOLOSO (tratto da Roberto GAROFOLI, *Manuale di Diritto Penale*, P.G., Neldiritto Editore, 2011, 1274-1278)

43.2.3. Il concorso colposo in delitto doloso: le tesi contrarie. La presa di posizione di Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795.

La configurabilità di un concorso colposo a delitto doloso — oltre a prestare il fianco alle stesse obiezioni già sollevate a proposito del concorso doloso in fatto colposo, sin qui esaminate — presenta ulteriori aspetti particolarmente problematici. Suscita, infatti, perplessità anche in quegli Autori che si schierano a favore di un superamento del principio dell'unicità del titolo di responsabilità dei concorrenti.

¹³ COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, cit., 89.

¹⁴ In tema, RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, cit., 167.

¹⁵ Si può, in proposito, far riferimento a quanto accade in materia di inosservanza degli adempimenti fiscali che, sebbene riconducibile a provata negligenza del consulente, non esime da responsabilità il contribuente (in questo senso, da ultimo, Cass. pen., sez. III, 11 gennaio 2000, n. 102), quale *extraneus* concorrente nell'illecito commesso da soggetto — il tributarista, appunto — che riveste una particolare qualificazione giuridica (su questo aspetto, cfr., tra le altre, Cass. pen., III, 6 ottobre 1993, n. 9097).

¹⁶ *Ex pluris*, Cass. pen., 15 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 1127.

La dottrina maggioritaria ne nega l'ammissibilità sulla base di tre considerazioni fondate sul dato positivo¹⁷. In primo luogo, l'art. 113 c.p., facendo riferimento unicamente alla "cooperazione nel delitto colposo" e non alla "cooperazione colposa nel delitto" costituisce una vera e propria "norma di sbarramento" al concorso colposo in delitto doloso¹⁸.

In secondo luogo, l'articolo 42, co. 2, c.p. dispone che i casi di delitto colposo debbano essere espressamente previsti dalla legge: in base a tale principio — si sostiene — anche nell'ambito di una fattispecie concorsuale è necessaria un'apposita disposizione per punire condotte di concorso colposo a delitto doloso. Ed infine, il legislatore ha espressamente previsto ipotesi nominate di agevolazione colposa di un altrui fatto doloso (ad esempio, artt. 254, 259, 350 c.p.), circostanza determinante alla luce del principio *ubi lex voluit, dixit*.

Al di là del dato positivo, si è poi sottolineato come numerose ipotesi che solitamente vengono considerate esempi di concorso colposo a fatto doloso configurino in realtà distinti reati monosoggettivi. Si tratta di quei casi in cui un soggetto con la propria condotta colposa permette il fatto doloso di un terzo senza che però sia consapevole di cooperare con altri. Il farmacista, che per negligenza dimentica incustodita una sostanza velenosa senza prevedere la possibilità, poi effettivamente realizzatasi, che un terzo in dolo se ne impossessi per commettere un omicidio, difetta del requisito psicologico della partecipazione: mancando dunque la consapevolezza di cooperare con altri non si è in presenza di una partecipazione criminosa in un medesimo reato ma, ove ne ricorrano i presupposti, di due diversi reati¹⁹.

Per un altro gruppo di ipotesi, configurare un concorso colposo a delitto doloso è un'inutile concettualizzazione: si tratta di quei casi in cui nell'agente colposo vi è sì la consapevolezza di cooperare con un altro soggetto, ma il fatto verificatosi non rappresenta la concretizzazione del rischio che la norma cautelare violata mira ad impedire. Tizio decide, imprudentemente, di partecipare con Caio ad una corsa automobilistica non consentita. Caio ha la segreta intenzione di uccidere Sempronio, anche lui partecipante alla gara, tamponandolo e facendolo precipitare in un burrone. Tizio, che non ha nessuna consapevolezza delle intenzioni di Caio, è erroneamente convinto che anche il complice realizzerà con lui una condotta imprudente.

La morte di Sempronio — si afferma — non può essere ricondotta alla condotta colposa di Tizio in quanto tra i rischi che la norma sulla circolazione stradale mira ad evitare non vi è la prevenzione di un omicidio doloso, realizzata attraverso un investimento automobilistico. In tale ipotesi, "la consapevolezza di cooperare con un altro soggetto sussiste come mero dato psicologico, ma sul piano giuridico penale, finisce con il divaricarsi in due atteggiamenti soggettivi contrapposti (colpa e dolo) tali che il secondo finisce con l'escludere la rilevanza del primo"²⁰. Configurare un concorso colposo a delitto doloso in queste fattispecie sarebbe privo di utilità pratica poiché, anche se in un concorso di persone può accadere che un soggetto non è responsabile, verrebbe comunque meno quello che è lo scopo principale di questo istituto e cioè quello di consentire la punibilità del concorrente in colpa.

Secondo questa linea interpretativa, gli unici casi in cui avrebbe senso fare ricorso alla figura del concorso colposo a delitto doloso sono pertanto quelli in cui la regola cautelare violata dal soggetto in colpa è formulata allo scopo di prevenire il fatto doloso di un terzo perché solo così il delitto doloso può essere considerato concretizzazione del rischio creato con la condotta dell'agente che versa in colpa.

Sarà ipotizzabile un concorso colposo in delitto doloso solo nei casi in cui il soggetto in colpa oltre ad avere la consapevolezza di concorrere con il terzo sia convinto che quest'ultimo non sia in dolo. È però difficile configurare casi di violazione di regole cautelari finalizzate a evitare il fatto doloso di un terzo in cui vi sia effettiva rappresentazione del comportamento del terzo come condotta colposa e non, come è invece nella realtà, dolosa²¹.

La marginalità di questi casi e l'assenza di un appiglio normativo porta così parte della dottrina a negare l'ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico del concorso colposo a delitto doloso.

Sul tema è intervenuta *Cass. pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795*, sostenendo che è ammissibile il "concorso colposo" nel delitto doloso sia nel caso di cause colpose indipendenti, che nel caso di cooperazione colposa, purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa (diversamente sarebbe violato il disposto dell'art. 42, co. 2, c.p.) e nella sua condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa.

In particolare —ha sostenuto la quarta Sezione— è necessario che la regola cautelare inosservata sia diretta ad

¹⁷ GALLO, *op. cit.*, 112; Insolera, *op. cit.*, 477; FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 471; ANGIANI, *op. cit.*, 92; FIORE, *op. cit.*, 104; MANTOVANI, *op. cit.*, 558; PADOVANI, *op. cit.*, 371.

¹⁸ Cass. pen., sez. IV, 11 ottobre 1996, in *Cass. pen.*, 1997, 3401.

¹⁹ MANTOVANI, *op. cit.*, 537.

²⁰ ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, 211 ss.

²¹ "Ciò appare problematico, soprattutto in considerazione della circostanza che il tipo di regola cautelare violata dovrebbe giustificare proprio l'attesa di un comportamento doloso del terzo ed è, quindi, improbabile ove un tale comportamento venga effettivamente a realizzarsi, che l'agente mediato non sia consapevole della natura dolosa del fatto altrui" (ALBEGGIANI, *op. cit.*, 214).

evitare anche il rischio dell'atto doloso del terzo, risultando dunque quest'ultimo prevedibile per l'agente.

Volendo ripercorrere l'itinerario motivazionale seguito, la Corte, muovendo dal riconosciuto superamento delle teorie che si rifanno al concetto di unitarietà del fatto reato di natura concorsuale, reputa superabili le obiezioni normalmente mosse.

Sostiene, invero, la Corte che l'esame congiunto degli artt. 42 c.p., co. 2, e 113 c.p.) consente di sostenere che la compartecipazione è stata espressamente prevista nel solo caso del delitto colposo perché, nel caso di reato doloso, non ci si trova in presenza di un atteggiamento soggettivo strutturalmente diverso ma di una costruzione che comprende un elemento ulteriore - potrebbe dirsi "in aggiunta" - rispetto a quelli previsti per il fatto colposo, cioè l'aver previsto e voluto l'evento (sia pure con la sola accettazione del suo verificarsi, nel caso di dolo eventuale).

Insomma il dolo è qualche cosa di più, non di diverso, rispetto alla colpa e questa concezione è stata riassunta nella formula "non c'è dolo senza colpa".

Muovendo dalle esposte premesse, la Corte sostiene che non fosse necessario prevedere espressamente l'applicabilità del concorso colposo nel delitto doloso: invero, se è prevista la compartecipazione nell'ipotesi più restrittiva non può essere esclusa nell'ipotesi più ampia che la prima ricomprende e non è caratterizzata da elementi tipici incompatibili.

Ad avviso della quarta Sezione, l'esposta rilettura incrina anche il valore dell'obiezione che si fonda sulla previsione dell'art. 42 c.p., co. 2: non si tratterebbe di una previsione implicita di un reato colposo ma di una ricostruzione che ha disciplinato espressamente un aspetto del problema sul presupposto che la disciplina riguardasse anche il tema più generale.

A questi argomenti la Corte ne aggiunge un altro di tipo sistematico.

Osserva, invero, che, se per il riconoscimento della partecipazione colposa indipendente al reato doloso non esistono ostacoli insuperabili, deve ritenersi irragionevole, nel caso di cooperazione, escludere la partecipazione colposa al delitto doloso solo perché l'agente è consapevole dell'altrui condotta dolosa.

Il dippiù costituito da questa consapevolezza aggrava, infatti, e non attenua, il disvalore sociale della condotta: quale spiegazione razionale potrebbe trovare una soluzione affermativa sulla compartecipazione al reato doloso quando manca la consapevolezza di questa condotta e non quando questa consapevolezza esista?

Riconosciuta l'astratta ammissibilità del concorso colposo nel delitto doloso la quarta Sezione precisa tuttavia che non in ogni caso questa compartecipazione va riconosciuta: invero, accertata l'influenza causale della condotta colposa dell'agente, occorre verificare l'esistenza dei presupposti per il riconoscimento di una colpa causalmente efficiente nel verificarsi dell'evento.

Al riguardo - sostiene la Corte, è necessario che la regola cautelare inosservata sia diretta ad evitare la condotta delittuosa del terzo: così, ad esempio, il farmacista non può vendere un farmaco potenzialmente letale alla persona che sa aver già tentato di avvelenare un familiare.

Un utile strumento di verifica può quindi essere quello che si rifà allo scopo della regola cautelare violata dall'agente in colpa.

Se la regola cautelare è diretta anche alla tutela di terzi dall'aggressione dolosa dei loro beni è la tutela finalizzata di essi che rende configurabile la partecipazione dell'agente in colpa.

Facendo applicazione delle esposte coordinate la Corte ha confermato la condanna di un medico psichiatra, il quale, riducendo e poi sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto un paziente ricoverato in una comunità, in modo tale da renderlo inidoneo a contenerne la pericolosità, aveva determinato l'aggravamento della patologia e una recrudescenza della pericolosità, tali da avere provocato la crisi nel corso della quale lo stesso paziente aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori della comunità.

La dottrina più tradizionale giunge allo stesso esito negativo inquadrando la problematica nell'ambito del paradigma concettuale della causalità²², e sostenendo dunque che l'eccezionalità del contributo doloso interrompa la sequenza causale *ex* articolo 41 c.p.

La problematica del concorso colposo in fatto doloso altrui è stata di recente analizzata alla luce dell'evoluzione dogmatica della teoria della colpa penale e si è così arricchita di nuovi spunti di riflessione²³.

In particolare si è prospettata la questione dei limiti entro i quali un soggetto, destinatario di un autonomo dovere di diligenza proprio, possa essere chiamato a rispondere delle conseguenze dell'inosservanza di un dovere di diligenza da parte di altri con cui venga in contatto²⁴.

Viene in tale modo richiamato il principio dell'affidamento (c.d. *Vertrauensgrundsatz*), elaborato dalla dottrina tedesca nell'ambito

²² CANESTRARI, *op. cit.*, 51 ss.

²³ PAGLIARO, *op. cit.*, 548.

²⁴ La dottrina più recente tende a circoscrivere il "dovere obiettivo di diligenza" che incombe su ciascuno entro limiti il più possibile compatibili col carattere personale della responsabilità penale ed afferma che "se si presuppone in ciascun individuo capace di intendere e di volere l'attitudine all'autodeterminazione responsabile, ne consegue che ognuno deve evitare soltanto i pericoli scaturenti dalla propria condotta; ciò di cui invece non si ha l'obbligo è, appunto, di impedire che realizzino comportamenti pericolosi terze persone altrettanto capaci di scelte responsabili", FIANDACA, *op. cit.*, 471.

della responsabilità derivante dalla circolazione stradale, secondo cui ciascuno può normalmente confidare nel fatto che i membri della collettività con i quali entra in contatto si comportino in modo corretto, osservando cioè i doveri cautelari cui sono tenuti²⁵. Secondo questa linea interpretativa, non possono essere definite colpose, in base alla mera prevedibilità dell'evento, quelle azioni che sono pericolose non in se stesse ma solo perché forniscono ad altri l'occasione di commettere un fatto illecito²⁶. Il principio di affidamento, quindi, permette di porre dei limiti al dovere obiettivo di diligenza posto a carico di ciascun consociato, nel rispetto del carattere personale della responsabilità penale²⁷.

La problematica della configurabilità del concorso colposo in delitto doloso viene analizzata da una prospettiva completamente diversa rispetto a quella tradizionale: la questione non è più quella dell'ammissibilità di una differenziazione del titolo soggettivo di responsabilità, né quella attinente all'esistenza del nesso di causalità, ma è quella dell'imputazione colposa dell'evento. L'aspetto più spinoso concerne, a questo punto, l'individuazione delle eccezioni al principio di autoresponsabilità, dei casi, cioè, in cui un soggetto è ragionevolmente tenuto ad evitare di dare occasione ad azioni pericolose di terzi²⁸.

Come anticipato, in tale ambito trova applicazione il principio di affidamento, cui vanno apposti, tuttavia, vari limiti.

Il primo opera allorché vengano ad evidenza indizi concreti che rivelino che un membro della collettività possa commettere un illecito: l'originario affidamento lascia il posto all'obbligo di adeguare la propria condotta al fine di neutralizzare i pericoli derivanti dall'altrui inosservanza. Tale limite può derivare, ad esempio dal controllo di fonti di pericolo, quali armi, esplosivi o sostanze velenose, di cui un terzo possa servirsi al fine di commettere un illecito doloso, allorché particolari conoscenze dell'agente o circostanze concrete rendano elevata la probabilità che il terzo ne profitti. Caio presta una pistola a Tizio pur sapendo che questi versa in stato di violenta agitazione ed ha poco tempo prima provocato delle lesioni alla moglie, con la quale è uso litigare: Caio potrà essere ritenuto responsabile a titolo di colpa per l'omicidio commesso da Tizio²⁹.

Altro limite al principio dell'autoresponsabilità viene individuato nella posizione di garanzia rivestita da un soggetto e finalizzata alla difesa di un bene anche da aggressioni dolose provenienti da soggetti terzi: si pensi alla guardia del corpo assunta per proteggere da aggressioni di terzi.

Vi sono, infine, casi in cui un soggetto, pur potendo evitare l'evento, agisce con negligenza tale che l'evento si sarebbe potuto ugualmente verificare anche senza il contributo doloso di un terzo. Il principio di affidamento — si sostiene — non può essere invocato “da chi abbia già violato una regola cautelare, nel cui spettro ricade la salvaguardia del bene concretamente offeso”. Nel caso del proprietario di una casa di cura che omette colposamente di collocare i servizi antincendio, essendovi la possibilità che per l'intervento doloso di terzi o per altra causa si sviluppi un fuoco che cagioni lesioni all'incolumità delle persone, l'evento si sarebbe potuto verificare per cause diverse dalla condotta dolosa altrui, sicché “nella realizzazione comune il contributo colposo non perde la sua fisionomia, sol perché l'altro concorrente ha dolosamente perseguito l'evento verificatosi”; né il contributo doloso va a interrompere qui il nesso di causalità³⁰.

Il principio di affidamento ridimensiona così la categoria del concorso colposo a delitto doloso che, ritenuta ammissibile, potrebbe trovare applicazione solo nel limitato ambito delle eccezioni alla regola dell'autoresponsabilità.

C. LA DISTRIBUZIONE DELLE COLPE NELLE ATTIVITÀ FRAZIONATE TRA PIÙ PERSONE (tratto da Roberto GAROFOLI, *Tracce di Penale*, P.G., Neldiritto Editore, 2011, 460 ss. - Traccia n. 32 “*Principio di affidamento e rischio consentito. Le applicazioni giurisprudenziali nei settori del lavoro medico multidisciplinare e della circolazione stradale*”)

1. Principio di affidamento: genesi, fondamento costituzionale e rapporti con il principio del rischio consentito.

Il cosiddetto principio di affidamento sta ad indicare che, nello svolgimento di attività rischiose (ma giuridicamente autorizzate) svolte da più soggetti, ciascuno gravato da obblighi di diligenza aventi distinto contenuto (c.d. obblighi divisi), ciascuno può e deve potere confidare nel corretto comportamento degli altri soggetti, nell'osservanza cioè delle regole cautelari, scritte o non scritte, proprie delle rispettive attività da essi svolte, regole come noto volte a sdrammatizzare o a contenere la

²⁵ La dottrina tedesca non dà però applicazione al principio di affidamento nell'ambito del concorso colposo in fatto doloso ma nega la punibilità del contributo colposo richiamando il divieto di regresso. Nella letteratura italiana, si veda sul principio di affidamento MARINUCCI, *op. cit.*, 199 ss.; ROMANO, GRASSO, *op. cit.*, 431; MANTOVANI, *op. cit.*, 364.

²⁶ FIANDACA, *op. cit.*, 513.

²⁷ Ogni consociato potrà quindi confidare nel rispetto da parte degli altri soggetti di tutti i doveri di diligenza cui essi sono tenuti e nel fatto che altri non si serviranno delle sue azioni al fine di commettere reati: FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 406. Il clamoroso caso, verificatosi in Spagna, di un giornalista ritenuto responsabile di omicidio colposo per aver pubblicato il nome di due attivisti politici subito dopo uccisi da un'organizzazione terroristica di opposta tendenza politica (Audiencia Nacional, 17 novembre 1981, in *Foro it.*, IV, 243) è stato criticato dalla dottrina proprio perché una tale condotta “non può qualificarsi imprudente nel senso del diritto penale, in base alla semplice ragione che il giornalista non è tenuto ad impedire che terzi soggetti autoresponsabili commettano, per libera scelta, un'azione omicida” (FIANDACA, *op. cit.*, 245). Un dovere di calcolare il comportamento di altri soggetti pienamente responsabili costituisce quindi un'eccezione e per poter punire la condotta colposa che concorre con l'altrui fatto doloso occorre verificare se vi siano le condizioni che permettano di superare il principio di affidamento e che quindi consentano di riconoscere la colpa del concorrente (PAGLIARO, *op. cit.*, 20).

²⁸ FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 513.

²⁹ FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 515.

³⁰ ARDIZZONE, *op. cit.*, 82 ss.

pericolosità intrinsecamente insita in quelle attività³¹.

Il fondamento costituzionale è stato individuato:

- 1) da taluni nel principio di responsabilità penale personale di cui all'art. 27 Cost., destinato a costituire la base giuridica di principi dell'autoresponsabilità (in forza del quale ciascun soggetto è tenuto all'osservanza delle norme cautelari concernenti le attività rischiose, da lui poste in essere, rispondendo degli eventi dannosi derivanti dalla inosservanza delle rispettive regole cautelari) e di affidamento;
- 2) da altri nell'art 54, co. 1, Cost., il quale, disponendo il dovere di tutti i cittadini di osservare le leggi, legittima l'aspettativa tanto dell'ordinamento giuridico (laddove autorizza attività rischiose socialmente utili) nell'osservanza delle rispettive regole cautelari da parte di ciascun soggetto, quanto dei soggetti autori delle attività rischiose concorrenti nelle osservanze altrui, pena la necessità di astenersi dalle loro attività, salvo a sostenere un rischio eccessivo;
- 3) da altri ancora, nell'art. 3, co. 1, Cost., implicante la possibilità per ciascuno di attendersi dagli altri il rispetto delle prescrizioni ad essi indirizzate, così al pari di quanto l'ordinamento si attende da lui³².

Come traspare dalla stessa definizione riportata, il principio di affidamento costituisce applicazione del principio del rischio consentito.

Invero, il fatto di dover continuamente tener conto delle altrui possibili violazioni della diligenza imposta avrebbe come risultato di paralizzare ogni azione, i cui effetti dipendano anche dal comportamento altrui. Al contrario, l'affidamento è in linea con la diffusa divisione e specializzazione dei compiti ed assicura il migliore adempimento delle prestazioni a ciascuno richieste.

Il principio, d'altra parte, si connette pure al carattere personale e rimproverabile della responsabilità colposa, circoscrivendo entro limiti plausibili ed umanamente esigibili l'obbligo di rapportarsi alle altrui condotte.

Pacificamente, la possibilità di fare affidamento sull'altrui diligenza viene meno quando l'agente è gravato da un obbligo di controllo o sorveglianza nei confronti di terzi; o quando, in relazione a particolari contingenze concrete, sia possibile prevedere che altri non si atterrà alle regole cautelari che disciplinano la sua attività.

2. Principio di affidamento e lavoro medico pluridisciplinare.

Ebbene, il principio di affidamento ha trovato ripetuta applicazione con riferimento al lavoro medico pluridisciplinare, connotato come è noto da una crescente specializzazione e da una conseguente frammentazione dei compiti assegnati ai singoli sanitari.

Esso postula la necessità che per il singolo trattamento sanitario intervengano più specialisti in regime di collaborazione.

Detta collaborazione o cooperazione multi-disciplinare può essere:

- contestuale, come solitamente accade negli interventi chirurgici di gruppo o d'equipe, laddove i singoli apporti collaborativi di tipo scientifico (di anestesisti, chirurghi ecc.) insieme a contributi meramente ausiliari (di infermieri specializzati ecc.) si integrano a vicenda e in un unico contesto temporale in vista del conseguimento del risultato sperato;
- o successiva, allorché l'unitario percorso diagnostico o terapeutico si sviluppi attraverso una serie di attività tecnico-scientifiche di competenza di sanitari o gruppi di sanitari diversi, temporalmente e funzionalmente successive (in quanto le une sono il presupposto necessario delle altre: es. radiografia, analisi cliniche, diagnosi, intervento chirurgico), ma unificate dal fine della cura e salvaguardia della salute del paziente.

La cooperazione multidisciplinare nell'ambito dell'attività medico-chirurgica importa, dunque, il concorso di apporti tecnico-scientifici di più soggetti ai quali sono attribuiti obblighi *divisi* di diligenza (cioè differenziati in funzione delle specifiche norme cautelari di riferimento).

Sovente, infatti, una corretta diagnosi di una patologia riviene dalla interazione di vari segmenti sanitari, legati ad esempio all'opera di analisti, radiologi, ecografisti e chirurghi.

Si tratta di una catena sanitaria per effetto della quale, attraverso esami clinici e strumentali, il paziente è sottoposto ad uno *screening* che porterà alla precisa individuazione della malattia ed alla scelta della via terapeutica più affidabile nel caso concreto.

La stessa considerazione ben può valere in campo strettamente chirurgico, laddove nel settore

³¹ MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, 02, 536.

³² MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.* 2009, 02, 536.

operatorio si apprezza l'intervento di vari soggetti, tutti impegnati nel conseguimento del risultato sperato con diversi apporti scientifici o con contributi meramente ausiliari.

Di qui il problema di stabilire, nel caso di esito infausto del trattamento sanitario, se ed in che limiti il singolo medico possa rispondere dei comportamenti colposi riferibili ad altri componenti dell'equipe e, dunque, fino a che punto si estendano i suoi obblighi di diligenza, perizia e prudenza laddove si trovi ad operare unitamente ad altri soggetti.

È stata al riguardo riconosciuta la possibilità per il singolo sanitario di confidare sulla correttezza della condotta dei suoi colleghi, tutti tenuti al rispetto delle regole cautelari dell'arte medica.

Tale principio spiega piena valenza sia con riguardo al comportamento posto in essere dal singolo medico nel suo reparto sia con riguardo alla condotta dei vari componenti di una *équipe* chirurgica.

È indubbio, infatti, che ogni medico debba poter contare sul fatto che il comportamento del collega sia pienamente rispettoso delle regole cautelari adottabili da un agente modello di quel settore specialistico, non solo perché spesso la diversa specializzazione non permette di avere sicura contezza della correttezza dell'altrui operato, ma anche perché è giusto che, soprattutto in pratiche particolarmente impegnative, ciascuno focalizzi la propria attenzione sullo specifico ruolo che è chiamato a svolgere nell'occasione.

La regola dell'affidamento, senza dubbio valida nel caso dei "doveri divisi" di cui si è detto, non può trovare applicazione, invece, nell'ipotesi di doveri comuni, che non tollerano distinzione o esoneri di responsabilità.

Tale categoria è stata interpretata assai elasticamente dalla Suprema Corte, la quale ha più volte affermato che in linea di principio ogni sanitario deve controllare anche l'operato degli altri colleghi, rimediando a errori evidenti e non settoriali. Su questa linea si collocano una serie di pronunce che hanno ritenuto la corresponsabilità di anestesista e infermiere per il difettoso allestimento di apparecchio per l'anestesia, la corresponsabilità di un primario e del suo "aiuto" per un errore diagnostico, nonché quelle di un anestesista e del chirurgo-capo per complicazioni postoperatorie derivanti da errata anestesia.³³

2.1. Limiti al principio di affidamento: obbligo di porre rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali. L'*équipe* medica.

La giurisprudenza e la dottrina pongono alcuni temperamenti all'operatività del principio di affidamento.

Ferma restando l'applicazione del principio della responsabilità penale personale, occorre evitare che vi sia un eccessivo ed ingiustificato smembramento delle responsabilità allorché la previsione o la prevedibilità ed evitabilità del rischio del comportamento altrui non appropriato impongano comunque al soggetto l'adozione degli accorgimenti utili a riportare l'intervento del collega nell'ambito del rischio consentito.

Il primo temperamento è allora quello con cui la giurisprudenza pone a carico dei partecipanti all'attività multidisciplinare un obbligo di diligenza volto porre rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali.

È quanto ormai costantemente sostenuto nel valutare la responsabilità dei membri di una *équipe* medica.

Secondo la Corte di Cassazione, sul singolo membro dell'equipe grava sia l'obbligo di diligenza e prudenza connesso alle mansioni specialistiche di propria pertinenza, sia l'obbligo di valutare l'operato degli altri colleghi, pur se specialisti di altre discipline, controllando e ponendo rimedio agli errori da essi commessi qualora siano emendabili con le comuni conoscenze del professionista medio.

In specie, secondo *Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2004, n.24036*, "nel caso di "equipes" chirurgiche e, più in generale, in quello in cui ci si trovi di fronte ad ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medicochirurgica, sia pure svolta non contestualmente, ogni sanitario, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, 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

³³ Cass. pen., 4 novembre 1983; 2 maggio 1989; 7 novembre 1988.

settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio".

Il principio è stato ribadito da **Cass. pen., sez. IV, 25 maggio 2010, n.19637**, secondo cui in caso di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, ogni sanitario è tenuto ad osservare, oltre che il rispetto delle regole di diligenza e prudenza connessi alle specifiche e settoriali mansioni svolte, gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Il singolo medico, quindi, non può esimersi dal conoscere e valutare (nei limiti e termini in cui sia da lui conoscibile e valutabile) l'attività precedente e contestuale di altro collega e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio.

2.2. La fase post-operatoria.

Dibattuta la permanenza dell'indicato obbligo di controllo delle altrui manchevolezza non settoriali nella fase post-operatoria.

Sull'argomento sono intervenute, nel 2005, due ulteriori pronunce della Cassazione.

Con la prima (*Cass. pen. sez. V, 30 marzo 2005, n. 12275*), la Suprema Corte ha sottolineato che la posizione di garanzia dei medici che operano in squadra non si esaurisce con l'intervento, ma si estende alla fase post-operatoria.

Ed invero – hanno sostenuto i Giudici di legittimità - 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. co. 2, c.p.

Con la seconda pronuncia (*Cass. pen., sez. IV, 16 giugno 2005, n. 22579*), i giudici di legittimità hanno riconosciuto nello "scioglimento dell'equipe" - verificatasi quando ancora l'intervento deve essere completato da adempimenti di particolare semplicità - circostanza che 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. Hanno infatti osservato che la circostanza dello "scioglimento dell'equipe operatoria" può anche non incidere sull'esclusione della colpa e del nesso di causalità, 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 stesso "scioglimento dell'equipe operatoria" in una fase in cui l'intervento può ritenersi, se non concluso, solo da definire con adempimenti della massima semplicità, quali la conta delle garze e dei ferri da rimuovere o già rimossi, e, subito dopo, la sutura della ferita, a conclusione di un'operazione chirurgica perfettamente riuscita, ed essendo il medico che si allontana giustificato da altre più pressanti ed urgenti attività mediche, consente di escludere la colpa per negligenza e, di conseguenza, l'incidenza causale sull'evento.

2.3. Gli obblighi gravanti sul soggetto apicale.

Su altro versante, nel ridimensionare l'operatività del principio di affidamento, si ritiene che, in capo al soggetto in posizione apicale o comunque superiore sul piano gerarchico, sussista un ben più rigoroso obbligo di controllare e coordinare l'operato degli altri per correggere laddove necessario i loro interventi.

Con riferimento a tale profilo, si ritiene ad esempio che, quantunque ciascun componente di una *équipe* sia tenuto ad eseguire con il massimo scrupolo le funzioni proprie della rispettiva specializzazione sfruttando il livello di conoscenza raggiunto in tale settore di appartenenza ed avvalendosi di tutti i mezzi a sua disposizione o prescrivendo il tempestivo trasporto del paziente in altra idonea struttura nel caso di indisponibilità degli strumenti occorrenti per la prosecuzione di quel tipo di intervento, al responsabile dell'*équipe* sono comunque demandati compiti di coordinamento e di vigilanza sull'altrui attività, salvo che l'intervento specialistico congiunto del collega esuli completamente dall'ambito delle conoscenze esigibili, sconfinando in campi scientifici esasperatamente settoriali.

2.4. La posizione del dirigente medico (*ex* primario).

Particolare attenzione merita, al riguardo, il tema della responsabilità penale connessa alla posizione di garanzia qualificata del dirigente medico (*ex* primario) posto al vertice di una divisione ospedaliera o reparto in relazione all'operato dei medici che vi operano all'interno.

Si tratta, in particolare, di verificare se ed in che limiti il dirigente del reparto (*ex* primario) possa rispondere dei comportamenti colposi riferibili ai medici operanti all'interno dello stesso e, dunque, fino a che punto si estenda la sua posizione di garanzia nei confronti dei pazienti ricoverati nel suo reparto.

Nel vigore della previgente disciplina, le norme di riferimento erano rappresentate dall'art. 7, co. 3, del d.p.r. 27 marzo 1969 n. 128, secondo cui il primario vigila sull'attività e sulla disciplina del personale sanitario, ha la responsabilità dei malati, definisce i criteri diagnostici e terapeutici che devono essere eseguiti dagli aiuti e dagli assistenti, formula la diagnosi definitiva, e dall'art. 63, co. 5, del d.p.r. 20 dicembre 1979 n. 761, in forza del quale il medico appartenente alla posizione apicale esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, nel rispetto dell'autonomia operativa del personale assegnatogli, impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse.

Alla stregua di tali disposizioni la giurisprudenza ha riconosciuto in capo al primario di un reparto 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 nei casi di particolare difficoltà o complicazione.

Con la riforma della dirigenza ospedaliera ad opera del d. lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e soprattutto con il d. lgs. 19 giugno 1999, n. 229, il legislatore ha voluto contemperare maggiormente la "gerarchia ospedaliera" con la "autonomia professionale" dei singoli medici, nel tentativo di superare l'ormai obsoleta struttura verticistica a favore di un'organizzazione più efficiente di tipo aziendalistico.

Segni di questa riforma sono:

- la sostituzione delle figure del primario, assistente e aiuto con quella di dirigente medico (prima articolata in primo e secondo livello dall'art. 15, d. lgs. 502/1992, versione originaria, e poi accorpata in un unico livello ma con due tipi di struttura, semplice e complessa, dall'art. 13, d. lgs. 229/1999, che ha modificato il citato art.15);

- l'attenuazione dei vincoli gerarchici e il riconoscimento in capo a ciascun medico di un più ampio spazio di autonomia gestionale e operativa sui singoli casi.

Le ricadute di tale riforma sulla posizione di garanzia rivestita dall'*ex* primario avrebbero potuto comportare un ripensamento in termini di attenuazione della responsabilità ascrivibile allo stesso per gli errori commessi dai medici *lato sensu* sottoposti.

Senonchè, la Cassazione, intervenuta sulla questione con sentenza *n. 47145/2005* (che per vero si è occupata di un caso *ratione temporis* assoggettato alla disciplina introdotta dal d. lgs. n. 502/1992, e non anche a quella successiva introdotta dal d. lgs. n. 229/1999), ha ritenuto che ad un'attenta analisi della disciplina dei compiti ovvero della concentrazione dei poteri-doveri del ruolo sanitario, la posizione del dirigente sanitario apicale, *ex* primario, non è in fondo cambiata, risolvendosi, dunque, l'eliminazione della figura del primario in una questione meramente terminologica.

Tanto sulla base della considerazione per cui anche dopo la riforma legislativa della dirigenza ospedaliera, al dirigente medico in posizione apicale spettano i poteri-doveri:

- a) di direttiva tecnico-organizzativa, fornendo preventivamente le informazioni di carattere programmatico per un efficiente svolgimento dell'attività sanitaria;
- b) e in conseguenza di ciò, di delega, per quei casi risolvibili in base all'espletamento dei poteri organizzativi di carattere generale;
- c) di verifica e vigilanza dell'attività autonoma o delegata dei medici per così dire subordinati, ed eventuale avocazione, se del caso, della gestione del trattamento sanitario di uno o più pazienti.

Deporrebbe in tal senso, chiarisce la Corte, l'attenta disamina dell'art. 13 citato, che nel modificare l'art. 15 del d. lgs. 502/1992, ha rinviato per la disciplina della dirigenza sanitaria, salvo quanto previsto nel decreto medesimo, al d. lgs. 3 febbraio 1993 e successive modificazioni (d. lgs. 23 dicembre 1993 n. 546): tali decreti legislativi, infatti, riguardano un assetto generale degli enti pubblici, i loro criteri di

organizzazione, le modalità di assunzione e progressioni in carriera, e, pur contenendo norme riguardanti la dirigenza del Servizio sanitario nazionale (art. 26 nel d.lgs. n. 29 e art. 14 nel d. lgs. n. 546), non sono specifici sull'organizzazione interna delle strutture e sui poteri attribuiti al dirigente con incarico di direzione, del quale poi vengono esaltate, nel decreto n. 29 del 1999, le funzioni programmatiche e di indirizzo sanitario (preventivo, diagnostico, terapeutico e riabilitativo), apparendo, però, che il singolo medico operante nella struttura abbia anche una autonomia nella gestione del caso singolo.

Pertanto, osservano i giudici, 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 capodirigente 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.

Il dovere di verifica, in particolare, si attua con due diversi comportamenti: il primo di carattere generale, dovendo il dirigente informarsi della situazione generale del reparto; il secondo di carattere specifico, in quanto, venuto a conoscenza, o comunque, avendo la possibilità di venire a conoscenza di una situazione che richiede particolari competenze per la complicità del caso, sia essa dovuta alla difficoltà terapeutica ovvero al pericolo non trascurabile per la salute del paziente, deve fornire il proprio contributo determinante per la migliore assistenza medica che il caso richiede.

Così argomentando la Suprema Corte ha sancito la responsabilità del soggetto apicale per omessa osservanza del dovere di direzione – inteso come dovere di indicare rimedi e cure per la tutela della salute dei pazienti – e di quello di vigilanza nei casi di particolare complessità che necessitino del suo intervento.

Nel ribadire, anche nel nuovo contesto normativo, in modo sostanzialmente inalterato i poteri-doveri discendenti dalla posizione di garanzia dell'ex primario, la giurisprudenza di legittimità, sempre nella sentenza n. 47145, precisa, poi, che solo attraverso l'analisi dei casi concreti, che in tema di reati colposi sfuggono a codificazioni precise, è possibile cogliere soluzioni liberatorie del dirigente medico apicale da responsabilità omissiva.

Esempi, dichiaratamente non esaustivi, di esonero da responsabilità, sono stati ravvisati:

- nell'aver adeguatamente formato il medico collaboratore per casi semplici o quanto meno non complicati, e non avervi adempiuto il sanitario;
- nel non esservi stato tempo materiale per l'informazione, dato che il collaboratore ha repentinamente omesso il trattamento sanitario necessario, causando immediatamente l'irreparabilità delle lesioni o del decesso, senza possibilità materiale di intervento del dirigente apicale

Inoltre, con riguardo al caso in cui il trattamento del paziente sia effettuato congiuntamente dal primario e da altri dirigenti medici subordinati, si è precisato che questi ultimi sono portatori di una autonomia vincolata: non sono, infatti, in una posizione meramente subalterna, ma pur essendo tenuti a collaborare attivamente con il superiore per una più sicura diagnosi o terapia, rispettandone le direttive, non devono assumere un acritico atteggiamento di sudditanza. Ne consegue che, qualora ravvisino elementi di sospetto percepiti o percepibili con la necessaria diligenza o perizia, hanno il dovere di segnalarli esprimendo il dissenso per restare esenti da responsabilità, anche nel caso in cui il superiore gerarchico ritenga di non condividere la loro valutazione.

3. Il principio di affidamento nel settore della circolazione stradale.

Come osservato, in forza del principio di affidamento, nello svolgimento di attività rischiose (ma giuridicamente autorizzate) svolte da più soggetti, ciascuno gravato da obblighi di diligenza aventi distinto contenuto (c.d. obblighi divisi), il singolo partecipante può e deve potere confidare nel corretto

comportamento degli altri soggetti, nell'osservanza cioè delle regole cautelari, scritte o non scritte, proprie delle rispettive attività da essi svolte.

Ebbene, il principio ha avuto prime applicazioni, in Germania e in Italia, nel settore della circolazione stradale³⁴, ove è certo frequente che l'automobilista o il pedone regolino il proprio comportamento confidando sul corretto comportamento degli altri utenti della strada: si pensi all'automobilista con diritto di precedenza che confida sul dovuto rispetto di tale precedenza da parte degli altri automobilisti. Nell'ambito della circolazione stradale il principio di affidamento assicura la regolarità della circolazione stessa, evitando l'effetto paralizzante di dover agire prospettandosi tutte le altrui possibili trascuratezze. Per vero, a lungo, in giurisprudenza, si è manifestata la tendenza ad escludere o limitare al massimo la possibilità di fare affidamento sull'altrui correttezza.

Si è così affermato che, imponendo le norme sulla circolazione stradale severi doveri di prudenza e diligenza proprio per fare fronte a situazioni di pericolo, anche quando siano determinate da altrui comportamenti irresponsabili, la fiducia di un conducente nel fatto che altri si attengano alle prescrizioni del legislatore, se mal riposta, costituisce di per sé condotta negligente.

Su tali basi si è affermato, ad esempio, che anche nelle ipotesi in cui il semaforo verde consente la marcia, l'automobilista deve accertarsi della eventuale presenza, anche colpevole, di pedoni che si attardino nell'attraversamento³⁵; e che l'obbligo di calcolare le altrui condotte inappropriate deve giungere sino a prevedere che il veicolo che procede in senso contrario possa improvvisamente abbagliare, e che quindi occorre procedere alla strettissima destra in modo da essere in grado, se necessario, di fermarsi immediatamente³⁶.

In qualche caso a tale ampia configurazione della responsabilità è stato apposto il limite della imprevedibilità³⁷, che talvolta si richiede sia assoluta³⁸.

Così, l'obbligo di moderare adeguatamente la velocità in relazione alle caratteristiche del veicolo e alle condizioni ambientali deve essere inteso nel senso che il conducente deve essere non solo sempre in grado di padroneggiare assolutamente il veicolo in ogni evenienza, ma deve anche prevedere le eventuali imprudenze altrui e tale obbligo trova il suo limite naturale unicamente nella normale prevedibilità degli eventi, oltre il quale non è consentito parlare di colpa³⁹.

In sintesi, la giurisprudenza si è di frequente orientata nel senso che anche a fronte di altrui scorrettezze (incluse quelle della vittima) non va esclusa la responsabilità del conducente, sullo stesso gravando il dovere di prevenire le imprudenze altrui. Il suddetto principio trova un limite nella possibilità di una logica previsione della imprudenza altrui, sicché non può ritenersi responsabile chi non adegui la propria azione alla condotta di altri quando questa assuma caratteri talmente anormali da renderla assolutamente imprevedibile.⁴⁰

La complessa problematica è ora esaminata dai giudici della sesta Sezione che, nella sentenza **4 dicembre 2009, n. 46741**, si chiedono se l'esposto atteggiamento rigorista abbia una giustificazione o debba essere invece temperato con l'introduzione, entro limiti ben definiti, del principio di affidamento. Chiarisce la sesta Sezione che quello della circolazione stradale è un contesto meno definito di quello del lavoro in equipe. Si configura, infatti, un'impersonale, intensa interazione che mostra frequenti violazioni delle regole di prudenza.

D'altra parte, il codice della strada presenta norme che sembrano estendere al massimo l'obbligo di attenzione e prudenza, sino a comprendere il dovere di prospettarsi le altrui condotte irregolari: così, l'art. 141 impone di regolare la velocità in relazione a tutte le condizioni rilevanti, in modo che sia

³⁴ È quanto attentamente rimarcato dai giudici della sesta Sezione nella sentenza 4 dicembre 2009, n. 46741, laddove, nel criticare l'indirizzo della giurisprudenza di legittimità implicitamente volto a non riconoscere rilievo al principio di affidamento nel settore della circolazione stradale, osservano che si finisce così per trascurare il dibattito sviluppatosi nella letteratura internazionale su quel principio "che, curiosamente, ha trovato il primo e meno controverso riconoscimento proprio nell'ambito dei reati inerenti alla circolazione stradale".

³⁵ Cass., sez. IV, 18 ottobre 2000, Rv. 218473.

³⁶ Cass., sez. IV, 19 giugno 1987, Rv. 176415.

³⁷ Cass., sez. IV, 24 settembre 2008, Rv. 241476.

³⁸ Cass., sez. IV, 3 giugno 2008 Rv. 241004.

³⁹ Cass., sez. IV, 8 marzo 1983, Rv. 158790.

⁴⁰ Cass., 18 marzo 1986, Egidio.

evitato ogni pericolo per la sicurezza, e di mantenere condizioni di controllo del veicolo idonee a fronteggiare ogni “ostacolo prevedibile”; l’art. 145 pone la regola della “massima prudenza” nell’impegnare un incrocio; l’art. 191 prescrive la massima prudenza nei confronti dei pedoni, sia che si trovino sugli appositi attraversamenti, sia che abbiano comunque già iniziato l’attraversamento della carreggiata.

Si tratta di previsioni che introducono obblighi di vasta portata, riguardanti anche la gestione del rischio connesso alle altrui condotte imprudenti.

Su altro versante –osservano i giudici di legittimità- le condotte imprudenti nell’ambito della circolazione stradale sono tanto frequenti che esse costituiscono un rischio tipico, prevedibile, da governare nei limiti del possibile.

Senonché, le riportate previsioni non pare introducano un obbligo generale di prevedere e governare sempre e comunque il rischio da altrui attività illecite, non mancando aspetti della circolazione stradale che per forza implicano un razionale affidamento.

Un’opzione contraria al riconoscimento, ancorché circoscritto, del principio di affidamento nel settore della circolazione stradale, oltre che risultare confliggente con esigenze di sensatezza del sistema e di equità, condurrebbe a risultati non conformi al principio di personalità della responsabilità, prescrivendo obblighi talvolta inesigibili e votando l’utente della strada al destino del colpevole per definizione o, se si vuole, del capro espiatorio.

Ciò posto, la sesta Sezione, nel tentativo di chiarire l’effettiva portata ascrivibile al principio di affidamento nel settore della circolazione stradale, osserva che si tratta di ambito nel quale i contesti fattuali possibili sono assolutamente indeterminati, sicché non pare realistico che l’affidamento concorra a definire i modelli di agenti, le sfere di rischio e di responsabilità in modo categoriale, come invece accade nel ben più definito contesto del lavoro in equipe e, entro confini peraltro assai limitati, nell’ambito della sicurezza del lavoro.

Ciò non toglie che, in omaggio al principio di personalizzazione della responsabilità, il principio di affidamento concorra a modellare la colpa, orientando la misura ed i limiti del dovere normativo di prevedere, ridimensionando il pervasivo dovere di prevedere sempre e comunque le altrui condotte irregolari.

Occorre, cioè, che le circostanze di ciascun accidente mostrino segni, indizi anche tenui che consentano di rendere concretamente non insignificante la probabilità di condotte inosservanti.

L’esigenza della prevedibilità ed evitabilità in concreto dell’evento si pone in primo luogo e senza incertezze nella colpa generica, poichè 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 rileva pure in relazione al profilo squisitamente soggettivo, al rimprovero personale, imponendo un’indagine rapportata alle diverse classi di agenti modello ed a tutte le specifiche contingenze del caso concreto.

Certamente – chiariscono i giudici della sesta sezione- tale spazio valutativo è pressochè nullo nell’ambito delle norme rigide la cui inosservanza da 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 antiggiuridico da parte dell’agente modello.