



5/2017

ANCORA SUI RAPPORTI TRA IL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO ED ÉQUIPE MEDICA

Osservazioni su [Cass., sez. IV, sent. 30 marzo 2016 \(dep. 5 maggio 2016\), n.18780, Pres. D'Isa, Rel. Menichetti, Ric. Tassis e Valenti](#)

di Giulio Fortunato

Abstract. Col presente scritto si è cercato di ripercorrere – pur nella consapevolezza della sinteticità che deve caratterizzare una nota a sentenza – il dibattito in tema di interventi terapeutici pluripersonali. Come noto, alla esecuzione pluripersonale dell'intervento terapeutico sono correlati una serie rischi che presentano profili di eterogeneità rispetto a quelli propri della prestazione medica, per così dire, monosoggettiva e che ricorrono, in vero, in ogni caso in cui si dia vita a forme di collaborazione tra più persone. Orbene, qualora i suddetti rischi si concretizzino in un esito infausto, l'interprete è chiamato ad individuare i criteri posti a governo del giudizio di accertamento della responsabilità penale. Tali criteri devono, necessariamente, essere compatibili con i principi costituzionali e, in particolare, con quello che consacra la personalità della responsabilità penale.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le diverse forme di *équipe* e il principio della divisione del lavoro come fattore di rischio e di sicurezza. – 2. La spinta verso il principio di personalità della responsabilità penale nel settore dell'attività medico-chirurgica in *équipe*. Il principio di affidamento. – 3. La dialettica regola-eccezione nell'applicazione del principio di affidamento. – 4. La riconduzione a sistema.

1. Introduzione. Le diverse forme d'équipe e il principio della divisione del lavoro come fattore di rischio e di sicurezza.

La quarta sezione della Corte di cassazione si pronuncia in materia di *équipe*¹ medica, statuendo che le condotte dei sanitari richiedono un separato scrutinio, in base

¹ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 22 marzo 2013, n. 13542, in *Riv. It. Med. Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2013, pp. 3 ss.; Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2011, n. 21028, in *Riv. It. Med. Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2011, 4-5; Cass. pen., sez. IV, 2 aprile 2010, n. 19637, in *Riv. It. Med. Legale (e del Diritto in campo sanitario)*, 2011, pp. 820 ss.; Cass. pen., 24 gennaio 2005, n. 18548; Cass. pen., sez. IV, 1 ottobre 1999, n. 2285, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 469; Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 1999, n. 2440, in *Cass. pen.*, 2000, p. 583; Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 1996, in *Cass. pen.*, 1007, p. 3034.



5/2017

ai profili di colpa a ciascuno contestati e secondo l'apporto causale del comportamento del singolo rispetto all'evento lesivo, non potendosi attribuire a ciascun sanitario la responsabilità dell'operato comune. Più nel dettaglio, la Cassazione afferma che la responsabilità penale di ciascun componente di una *équipe* medica per un evento lesivo occorso al paziente sottoposto ad intervento chirurgico non può essere affermata sulla base dell'accertamento di un errore genericamente attribuito alla *équipe* nel suo complesso, *ma va legata alla valutazione delle concrete mansioni di ciascun componente, nella prospettiva di verifica, in concreto, dei limiti oltre che del suo operato, anche di quello degli altri*². Tanto puntualizzato *in limine* delle considerazioni in diritto, la Corte affronta, poi, il tema della distribuzione delle responsabilità penali di fronte all'ipotesi della cooperazione tra più medici.

Come noto, sullo scenario terapeutico si assiste sovente a forme di collaborazione, legate inevitabilmente all'inarrestabile progresso della ricerca scientifica, che richiede, giocoforza, la settorializzazione e la specializzazione dei profili professionali. Tale fenomeno ha suscitato un ampio dibattito, del quale si cercherà di dar conto nel presente scritto, seppur nella consapevolezza della sinteticità che deve caratterizzare una nota a sentenza.

Prima di procedere, pare opportuno accennare al caso di specie sottoposto all'esame della Corte di cassazione.

Ebbene, la vicenda involge le lesioni personali gravissime con esiti permanenti subite dalla persona offesa al momento della nascita, determinate da un'errata manovra di estrazione del feto, cui è conseguita la lesione del plesso brachiale e la compromissione dei nervi cervicali e toracici, con perdita di funzionalità della mano sinistra. Il Tribunale e la Corte d'appello di Milano condannavano sia il medico ginecologo che l'infermiere ostetrico, entrambi presenti in sala operatoria, ritenendo irrilevante l'incertezza su chi avesse effettuato la manovra inadeguata sul presupposto secondo cui, nell'ambito dei trattamenti terapeutici svolti in *équipe*, ciascuno risponde dell'esito infausto, valorizzando una sorta di *responsabilità di gruppo*.

La quarta sezione penale della Suprema Corte annulla senza rinvio la sentenza di condanna dell'infermiere ostetrico per non avere commesso il fatto, affermando, da un lato, che, alla luce degli accertamenti svolti in sede di merito, risulta che fosse la ginecologa ad avere eseguito la manovra di disimpegno della spalla finalizzata alla estrazione del feto, e, dall'altro, che nessun comportamento salvifico fosse in quel contesto esigibile dall'ostetrico, che non era certo in grado di valutare né l'intensità della trazione esercitata dal medico sulla testa fetale e, dunque, la correttezza della manovra, né, tanto meno, di intervenire per correggerne l'errore ed evitare l'evento lesivo.

La Corte, pur accertandone i profili di responsabilità, perviene, altresì, all'annullamento, ai soli fini penali, della pronuncia di condanna resa nei confronti del medico ginecologo per il sopravvenire della causa estintiva della prescrizione.

² Par. 2.1 delle considerazioni in diritto.

Come già rilevato, la sentenza in commento conduce a confrontarsi con il tema dei trattamenti medici svolti in *équipe*³. Per ragioni di completezza espositiva, pare opportuno, innanzitutto, chiarire il significato del termine *équipe*, avendo cura, poi, di soffermarsi sui profili specifici del caso concreto posto all'attenzione della Corte.

Ebbene, in linea generale il sintagma *équipe medica* indica la cooperazione tra più operatori sanitari, diretta alla realizzazione – in un contesto organizzativo unitario – del fine ultimo della tutela della salute del paziente. A governo della cooperazione all'interno delle strutture sanitarie, si pone il principio organizzativo della divisione del lavoro, che – come è stato efficacemente osservato – va considerato nella sua natura «*incipite*»⁴, rappresentando, cioè, ad un tempo, fattore di sicurezza e fattore di rischio. Più nel dettaglio, sotto il primo angolo prospettico, solo la divisione del lavoro consente al medico e al personale ausiliario di “*dedicarsi ai compiti specifici del trattamento curativo con la dovuta esclusività e concentrazione*”⁵. Detto altrimenti, nelle ipotesi in cui la prestazione sanitaria presenti caratteri di complessità, il principio organizzativo della divisione del lavoro consente ad ogni sanitario di svolgere solo la parte d'intervento che si ponga in linea con le competenze maturate e la specializzazione acquisita. Pertanto, ciascun componente l'*équipe* è posto nella condizione di approfondire, nella parte di lavoro che gli viene demandata, tutta la sua diligenza, prudenza e perizia.

Se così è, appare chiaro, dunque, come siffatto modulo procedimentale risulti funzionale alla sicurezza ed al buon esito della prestazione medica⁶.

Come dinanzi accennato, però, alla esecuzione pluripersonale dell'intervento terapeutico sono correlati anche una serie rischi che, peraltro, presentano profili di eterogeneità rispetto a quelli propri della prestazione medica, per così dire, monosoggettiva e che ricorrono, in vero, in ogni caso in cui si dia vita a forme di collaborazione tra più persone. In tale prospettiva, si ponga mente, ad esempio, ai difetti di coordinamento e di informazione, agli errori nella scelta dei collaboratori, a quelli di comprensione e, infine, a quelli dovuti alla mancanza di una visione unitaria dell'intervento⁷.

Orbene, qualora i rischi prospettati si concretizzino in un esito infausto, l'interprete è chiamato ad individuare i criteri posti a governo del giudizio di accertamento della responsabilità penale. Tali criteri devono, necessariamente, essere compatibili con i principi costituzionali e, in particolare, con quello che consacra la personalità della responsabilità penale⁸.

³ Sulla questione relativa all'individuazione del soggetto penalmente responsabile nell'ipotesi d'intervento terapeutico d'*équipe* si rinvia a due fondamentali lavori monografici: BILANCETTI, *La responsabilità civile e penale del medico*, Padova, 1998; DE MATTEIS, *La responsabilità medica*, Padova, 1995.

⁴ L'espressione è di VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, tomo II, *I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale*, diretto da Marinucci e Dolcini, Padova, 2003, p. 204.

⁵ Così testualmente MARINUCCI-MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, p. 221 – 222.

⁶ VENEZIANI, op. cit., p. 204.

⁷ Vedasi sul punto Cass. pen., sez. IV, 11 novembre 2007, n. 41317.

⁸ Come noto, il principio della personalità della responsabilità penale, fissato dall' art. 27 Cost., ha subito una profonda evoluzione nei tracciati della giurisprudenza costituzionale. Ebbene, dopo una fase iniziale in

cui la disposizione è stata interpretata nel suo significato "minimo" di "divieto di responsabilità per fatto altrui" (si confrontino, Corte cost. n. 3 del 1956 e in materia di *error aetatis* le sentenze n. 107 del 1957 e 209 del 1983; in dottrina, vedasi PISAPIA, *La nuova disciplina della responsabilità per i reati commessi a mezzo della stampa*, in *Riv. it.*, 1958, 307; VASSALLI, *Sulla legittimità costituzionale dell'art. 57 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1956, 218; PAGLIARO, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Milano, 1966; ALESSANDRI, *Art. 27/1 Cost.*, in *Comm. della Cost.*, Bologna, 1989; FLORA, *La responsabilità penale personale nelle sentenze della Corte cost.*, in *Temi*, 1974, 264), la Consulta ha progressivamente amplificato tutte le potenzialità dell'istanza personalistica, accogliendo definitivamente il principio di colpevolezza (In dottrina si è parlato di "restaurazione del principio di colpevolezza"; sul punto, vedasi, tra gli altri, PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.) la cui vigenza all'interno del nostro ordinamento può dirsi incontrovertita almeno a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988.

Dall'ordito motivazionale della pronuncia indicata si trae il principio secondo il quale "per fatto proprio" non deve intendersi "il fatto collegato al soggetto, all'azione dell'autore, dal mero nesso di causalità materiale (...) ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, il quale deve investire – almeno nella forma della colpa – gli elementi più significativi della fattispecie". La Corte statuisce, altresì, che il principio di personalità della responsabilità penale emerga anche dalla lettura dell'art. 27, co. 3 Cost. Più precisamente, la Consulta suggerisce la lettura coordinata dei commi primo e terzo della norma costituzionale in parola, che, pur enunciando distinti principi, costituiscono un'unitaria presa di posizione in relazione ai requisiti subiettivi minimi che il fatto deve possedere affinché abbiano significato gli scopi di politica criminale enunciati particolarmente nel terzo comma. Sullo sfondo, vi è la consapevolezza, già maturata dalla dottrina più avvertita, che la realizzazione della funzione d'integrazione sociale supponga l'affermazione del principio di personalità della responsabilità. Ed infatti, è stato osservato che, soltanto in rapporto ad un fatto che sia "proprio" di un soggetto, tale da poter essere avvertito come integrale espressione della persona, può legittimamente ed, eventualmente, con proficuità, essere intrapresa un'azione di tesa a restituire al reo gli strumenti della convivenza civile (si veda MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, p. 147 ss.).

Sulla stessa direttrice ermeneutica si pone la sentenza n. 1085 del 1988 che, dopo avere affermato, a chiare lettere, che il principio secondo il quale *qui versari in re illicita tenetur etiam pro casu* contrasta con l'art. 27, 1 co. Cost., soggiunge che affinché la responsabilità penale sia autenticamente personale è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente, presidiati, cioè, da un coefficiente psicologico, ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili e cioè anche soggettivamente disapprovati.

L'impianto argomentativo che immediatamente precede è stato ribadito di recente nella sentenza n. 322 del 2007, nella quale la Consulta ha affermato che il principio di colpevolezza, al pari di quelli di legalità e di irretroattività della norma penale sfavorevole, mira a garantire ai consociati libere scelte d'azione, sulla base di una valutazione anticipata delle conseguenze giuridico – penali della propria condotta, che sarebbe inattuabile allorché all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio. Ciò premesso, deve evidenziarsi che il percorso esegetico tracciato dalla Corte costituzionale non pare distante da quello recentemente seguito dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Nel silenzio della Convenzione EDU, infatti, la Corte di Strasburgo ha ricavato il principio di colpevolezza, argomentando, dapprima dalla "presunzione d'innocenza" dell'art. 6 CEDU, e, successivamente, dal principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU.

In particolare, nella sentenza C. Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e a.*, la Corte ha per la prima volta affermato che – nonostante l'art. 7 CEDU non menzioni espressamente il legame psicologico tra l'elemento materiale dell'infrazione e l'autore – la logica della pena e della punizione suggeriscono di interpretare l'art. 7 come se lo stesso esiga, ai fini della punibilità, un legame di natura intellettuale tra soggetto e fatto. Tale approccio ermeneutico – soggiunge la Corte – appare obbligato dalla necessità di scongiurare l'aporia connessa all'affermazione della responsabilità di un soggetto che non sia in grado di conoscere la legge penale, "in ragione di un errore invincibile che non possa affatto essere imputato a chi ne è stato vittima" (Cosi' C. Edu, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e a.*, §§116 – 117).

Tanto puntualizzato in linea generale, devono distinguersi tre differenti forme di *équipe*: 1) l'*équipe* di reparto, in cui i medici cooperano – sincronicamente o diacronicamente – secondo un modello organizzativo a carattere gerarchico; 2) l'*équipe* in senso stretto, relativa alla forma di cooperazione multidisciplinare sincronica; 3) l'*équipe* in senso lato, che coinvolge medici che cooperano in modo non contestuale, che pongono in essere, cioè, interventi eterogenei in fasi diverse del trattamento sanitario⁹.

Nel caso di specie, il trattamento terapeutico plurisoggettivo è inquadrabile, a nostro parere, nella cd. *équipe* di reparto, in ragione della superiore posizione gerarchica ricoperta dal medico ginecologo rispetto all'infermiere ostetrico, presenti contestualmente in sala operatoria.

Invero, la giurisprudenza della Corte di cassazione pare aderire ad una nozione ampia di *équipe*, riferendo il predetto termine a tutte le forme di cooperazione sanitaria, applicando, dunque, il medesimo protocollo di accertamento delle responsabilità penale. Ne deriva, pertanto, la possibilità – nei paragrafi che seguono – di svolgere una riflessione unitaria.

2. La spinta verso il principio di personalità della responsabilità penale nel settore dell'attività medico-chirurgica in *équipe*. Il principio di affidamento.

A fronte di un'attività terapeutica svolta in *équipe*, il tema d'indagine involge la questione relativa ai profili morfologici della responsabilità colposa del sanitario, con riguardo all'estensione delle cautele doverose che lo stesso è chiamato ad osservare. Si tratta di stabilire se e a quali condizioni il singolo soggetto, partecipe del gruppo, risponda dei contegni colposi posti in essere da altri componenti e fino a che punto si estenda il suo dovere di prudenza, diligenza e perizia quando egli si trovi a partecipare ad un'attività terapeutica assieme ad altre persone¹⁰.

Tanto puntualizzato, pare opportuno trattare – sia pure in breve – delle principali impostazioni che in argomento si registrano in letteratura, al fine di individuare quella che si presenti più aderente al canone costituzionale di colpevolezza. Si procederà poi ad analizzare la soluzione propugnata nella giurisprudenza di legittimità.

Ebbene, parte della dottrina, tradendo una chiara matrice civilistica, configura una sorta di responsabilità "*di gruppo*" o "*per fatto altrui*" in capo a ciascun sanitario, argomentando dalla ricorrente ed obiettiva difficoltà di accertare quale dei componenti dell'*équipe* abbia errato e, soprattutto, dall'avvertita esigenza di garantire sempre l'indennizzo dei danni subiti dal paziente¹¹.

⁹ GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in Canestrari-Giunta-Guerrini-Padovani (a cura di) in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, pp. 214 e ss.; PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, in *Criminalia*, 2009, pp. 591 e ss.; FIORI-MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Milano, 2009, p. 368-369.

¹⁰ Così IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, in *Giur. Merito*, 1997, 01, 226.

¹¹ CATTANEO, *La responsabilità del medico nel diritto italiano*, in *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 22; su questa linea esegetica pare essersi mosse le Corti merito nel decidere il caso che qui ci occupa.

Emerge chiaramente l'incompatibilità della tesi che immediatamente precede con il principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, in linea col quale il sanitario non può essere chiamato a rispondere del fatto di altri senza che egli abbia dato alcun contributo materiale al verificarsi di esso. In senso critico, si è altresì osservato che un modello di responsabilità così ricostruito comporti un rischio di *deresponsabilizzazione*, nella misura in cui i medici non vengano più chiamati a rispondere personalmente delle proprie colpe¹².

Accantonata tale prospettiva esegetica per le penetranti censure cui essa si espone¹³, gli sforzi ricostruttivi della dottrina si sono appuntati sulla possibilità d'impiegare nel settore dell'attività medico – chirurgica in *équipe* il principio di affidamento, che – come è noto – rappresenta un meritorio frutto della riflessione scientifica d'*oltralpe* (*Vertrauensgrundsatz*)¹⁴.

Tale principio sta ad indicare che, nell'ipotesi di convergenza di attività di più soggetti con obblighi divisi di diligenza (cioè di diverso contenuto), il soggetto che rispetti le proprie regole cautelari può e deve potere confidare nel corretto comportamento degli altri, cioè nel rispetto da parte loro delle cautele doverose scritte e non scritte, proprie delle rispettive attività da essi svolte ed aventi la funzione preventiva di escludere o contenere la pericolosità delle stesse¹⁵.

La dottrina più avvertita afferma che il principio in parola pertenga al settore delle *attività rischiose giuridicamente autorizzate*. Trattasi di attività prodromiche alla lesione di beni giuridici, il cui svolgimento è, però, autorizzato dall'ordinamento in ragione dei profili di utilità sociale che le stesse rivelano. Precipitato logico-giuridico di quanto immediatamente precede è che l'ordinamento non pretende che il consociato si astenga dal compimento delle suddette attività, ma, piuttosto, che le stesse siano svolte nel rispetto dei limiti dell'autorizzazione, prefissati dalle rispettive norme cautelari e volte a salvaguardarne l'utilità sociale, neutralizzando i rischi di eventi lesivi¹⁶. Sul piano pratico, ne deriva che l'agente non possa essere chiamato a rispondere degli eventi lesivi verificatisi nonostante il rispetto delle norme cautelari. Ciò perché – si osserva – l'ordinamento giuridico non può, ad un tempo, autorizzare od imporre tali attività ed imputarne agli autori tutti i conseguenti risultati lesivi, contraddicendo, in definitiva, se stesso. Ed infatti, il principio di non contraddizione conduce ad affermare che l'ordinamento si accoli il rischio di detti eventi nello stesso momento in cui autorizza le attività rischiose, purché contenute nei limiti sopraindicati (cd. rischio consentito)¹⁷.

¹² BUSNELLI, Presentazione al volume *La responsabilità medica*, ult. cit.

¹³ Pare che sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Milano abbiano aderito a tale ricostruzione.

¹⁴ Il principio di affidamento è nato quale criterio guida del diritto della circolazione stradale. In particolare, l'espressione *Vertrauensgrundsatz* si deve a Hermann Gulde, autore che, tanto nel periodo nazionalsocialista quanto in epoca successiva, si occupa di problemi attinenti allo specifico tema della circolazione stradale. Egli nel 1938 pubblica sulla *Juristische Wochenschrift* un articolo dal titolo di inequivoca significatività *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts*, che significa il principio di affidamento come criterio guida del diritto nella circolazione stradale.

¹⁵ Così F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 02, p. 536.

¹⁶ Sul punto, vedasi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 174.

¹⁷ Vedasi F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 175; Id., *Il principio di affidamento*, op. cit., p. 536.

Nel solco delle considerazioni sviluppate appare comprensibile l'assunto secondo cui l'alveo delle attività rischiose giuridicamente autorizzate rappresenti il naturale campo di operatività del principio di affidamento. Ed infatti, solo rispetto ad esse sono concepibili regole cautelari, delimitanti l'autorizzazione giuridica delle medesime (cd. rischio consentito) ed è, conseguentemente, concepibile la possibilità di confidare sul rispetto delle cautele doverose da parte degli altri autori delle attività rischiose, autorizzate e convergenti.

Il principio di affidamento assolve, dunque, ad una funzione di perimetrazione degli obblighi di diligenza gravanti su ciascuno, nei casi in cui si agisca in contesti interattivi. Pertanto, ciascuno è tenuto al rispetto dei doveri esigibili nei suoi confronti e tali doveri cautelari, di regola, non contemplanò la previsione e neutralizzazione di altrui condotte inosservanti¹⁸. Ciascun soggetto, partecipante di un'attività rischiosa, non risponderà degli eventi dannosi derivanti dalle inosservanze altrui, bensì solo dei risultati lesivi scaturenti dalla violazione delle "proprie" regole cautelari¹⁹.

Ne discende, in definitiva, che il principio che ci occupa rappresenti un particolare portato della teoria generale della colpa.

Ciò premesso in termini generali, con precipuo riferimento al settore medico l'interrogativo teorico – come già avvertito – è se il principio di affidamento possa essere utilizzato dall'interprete quale criterio delimitativo delle responsabilità individuali nei casi in cui l'evento lesivo sia prodotto da più sanitari che cooperino in *équipe*. In altri termini, la questione di fondo riguarda l'esistenza di regole cautelari il cui spettro preventivo si estenda sino a neutralizzare il fatto colposo del terzo.

Ebbene, secondo un primo orientamento, prospettato dalla dottrina che per prima si soffermò in Italia, sia pure non *ex professo* sul tema della responsabilità medica in *équipe*, il sanitario non potrebbe fare affidamento sulla diligenza dell'operato altrui, ma attendere, pure al cospetto di una divisione del lavoro tra più soggetti partecipanti di un'attività medica, ad un obbligo di controllo diretto sull'operato degli altri²⁰.

La ricostruzione riferita giunge, dunque, alla configurazione del principio di *non affidamento*.

In forza di esso, le cautele doverose incombenti su ciascun sanitario sono estese sino a ricomprendere un dovere pedissequo e meticoloso di controllo finalizzato alla

¹⁸ VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. Pen. Proc.*, p. 480, nota 15, considera l'applicazione del principio di affidamento nelle attività plurisoggettive complesse un vero e proprio dovere cautelare. In antitesi rispetto ad una concezione dello stesso principio basata sull'autoresponsabilità di ciascun cooperatore, l'Autore afferma che «Parrebbe tuttavia potersi affermare, assai più semplicemente, che, se le regole cautelari altro non sono se non il precipitato di norme comportamentali di carattere tecnico-operativo, utili al corretto ed efficace funzionamento di singoli ambiti d'attività, deve consequenzialmente affermarsi la sussistenza di un vero e proprio dovere cautelare di affidarsi al comportamento competente altrui, laddove questo "affidamento" risulti necessario ad ottimizzare i risultati organizzativi [...]. Ma è allora per questo motivo che si palesa al di là di ogni dubbio l'assurdità di ritenere, in via di principio, rimproverabile per mancato controllo colui il quale abbia confidato nella correttezza dell'attività altrui, essendo questa fiducia addirittura imposta sul piano cautelare».

¹⁹ Ne deriva che il principio di affidamento vada, giocoforza, coordinato con quello di autoresponsabilità ai fini dell'individuazione e distribuzione della colpa speciale.

²⁰ CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Priullia, 1955, p. 155-156.

prevenzione o comunque a porre rimedio alle negligenze degli altri sanitari, che risulta inattivo solo in quei casi particolari in cui il responsabile del gruppo avesse avuto ragionevoli motivi per fare affidamento sull'attività del collaboratore autore dell'errore. Da taluni si è, poi, osservato come la tesi *de qua* degeneri in forme inaccettabili di responsabilità per fatto altrui²¹

Applicando la tesi che precede all'ipotesi in cui ricorra un evento lesivo cagionato dalla condotta colposa di uno dei sanitari coinvolti nell'intervento terapeutico in *équipe*, si perviene, giocoforza, alla conclusione secondo cui sia compito dell'interprete accertare sino a che punto gli altri partecipanti siano immuni dal rimprovero penale, perché in grado di prevedere ed evitare l'altrui errore e, quindi, scongiurare l'evento lesivo²².

Assunti su questa falsariga sono stati sottoposti a pregnanti rilievi critici. Si è, infatti, osservato che l'approccio ricostruttivo basato, per così dire, sulla sistematica sfiducia nell'operato altrui si riveli troppo rigoroso e addirittura controproducente per la tutela della salute del paziente. Vi è il rischio, infatti, che il singolo professionista, tenuto ad un così stringente obbligo di controllo, sia distolto dall'attuazione dei propri compiti specifici, a cui non potrebbe attendere con la dovuta concentrazione. Ne deriverebbe un abbassamento qualitativo della prestazione terapeutica e una vanificazione della finalità precipua del modulo procedimentale della divisione del lavoro, che è quella – si ricordi – di migliorare il trattamento terapeutico²³.

I rilievi critici mossi alla tesi le cui cadenze argomentative si sono appena tracciate hanno portato all'elaborazione di un indirizzo ermeneutico, per così dire, più liberale²⁴, secondo il quale va valorizzato, proprio il principio di affidamento. Detto principio va assunto dall'interprete, in adesione alle linee interpretative tracciate dalla dottrina di lingua tedesca, quale criterio di orientamento nella formulazione del giudizio di responsabilità penale nelle ipotesi di interventi pluripersonali.

Rinviando a quanto già esposto circa la definizione e l'ambito applicativo, preme ribadire, a questo punto, che il principio di affidamento, impiegato quale limite al dovere di diligenza incombente su ciascun componente l'*équipe* medica²⁵, consente di meglio definire le sfere di responsabilità dei singoli partecipanti al processo lavorativo, da circoscriversi nell'ambito dello specifico settore "coperto" e garantito dalle prestazioni di ciascuno.

²¹ MARINUCCI-MARRUBINI, op. cit., p. 219-220.

²² VENEZIANI, op. cit., 205.

²³ In vero, in alcuni passaggi del suo ordito argomentativo, il Crespi pare aprire al principio di affidamento, quanto meno sul piano della soluzione dei singoli casi che si possono presentare nella prassi applicativa. Si ponga mente alla nota 139 di p. 156 del lavoro monografico precedentemente citato, laddove si afferma che il medico non deve controllare che l'infermiere abbia misurato correttamente lo stato febbrile dei malati, salvo che le circostanze concrete inducano a dubitare della correttezza dell'operato del personale ausiliario. È evidente, pertanto come le conclusioni cui perviene il Crespi siano, in parte, sostanzialmente in armonia con il *Vertrauensgrundsatz*.

²⁴ L'espressione è di VENEZIANI, op. cit., p. 206.

²⁵ RISICATO, *La colpa*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di Giancarlo De Vero, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale* a cura di Palazzo e Paliero; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, p. 557 e ss.

Più nel dettaglio, il principio in parola, se declinato nel settore oggetto della nostra indagine, comporta che ciascun sanitario risponda solo del corretto adempimento dei doveri di diligenza e perizia che gli sono affidati, senza essere gravato dal defatigante obbligo di sorvegliare il comportamento dei colleghi, con la positiva conseguenza che in tal modo ciascun componente del gruppo sia lasciato libero, nell'interesse del paziente, di adempiere alle proprie mansioni²⁶ medico-chirurgiche.

La soluzione esegetica appena presa in esame è quella che consente di circoscrivere il dovere obiettivo di diligenza entro i limiti il più possibile compatibili con il principio di colpevolezza.

Si è evidenziato, infatti, che se si presuppone in ciascun individuo capace d'intendere e di volere l'attitudine ad un'autodeterminazione responsabile, ne consegue che ognuno sia tenuto ad evitare soltanto i pericoli scaturenti dalla propria condotta e non dai contegni di terze persone, altrettanto capaci di scelte responsabili²⁷ e di antivedere le conseguenze giuridico-penali del proprio operato.

In conclusione, solo il principio di affidamento permette di rendere aderente il modello di responsabilità penale nell'ambito dei trattamenti terapeutici in *équipe* alle istanze personalistiche emergenti dalla Carta costituzionale.

Tuttavia, proprio la limitazione dei doveri del singolo sanitario alla diligente esecuzione dei compiti nei quali si sostanziano le sue specifiche competenze può determinare problemi di coordinamento alla stessa attività di gruppo, svilendo le finalità del trattamento medico in *équipe*, che è preordinato alla migliore riuscita dell'attività sanitaria sul paziente attraverso la partecipazione di più specialisti, i quali compiono ciascuno una prestazione che si combina funzionalmente con quella degli altri professionisti per il raggiungimento di un risultato comune.

Pertanto, fin da subito, l'affermazione del principio di affidamento è stata accompagnata dalla individuazione di limiti che ne circoscrivessero l'ambito applicativo, al fine di evitare che dallo stesso derivassero esasperate "parcellizzazioni" di responsabilità²⁸.

Il prosieguo della trattazione sarà dedicato all'analisi dei suddetti limiti, la cui esatta individuazione ha, dunque, fondamentali ricadute sull'operatività del principio che qui ci occupa.

²⁶ Così IADECOLA, op. cit., p. 227; MARINUCCI-MARRUBINI, op. cit., p. 221; sono espressione di questa impostazione esegetica una serie di pronunce della Suprema Corte, tra le quali vanno segnalate: Cass. IV, 23 gennaio 1989, Servadio, in *Cass. pen.*, 1990, p. 246; Cass. IV, 22 luglio 1996, Cortellaro, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3034; Cass. IV, 7 giugno 2000, Perrino, *ivi*, 2003, p. 1213; Cass. IV, 28 maggio 2008, Rago, in *Giur. it.*, 2009, p. 948; nella giurisprudenza di merito si segnala Pret. Bologna, 31 maggio 1996, Martinelli, in *Riv. it. dir. Proc. pen.*, 1997, p. 1043, con nota di M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*; Pret. Varese, 7 maggio 1996, Forti, in *Foro. it.*, 1997, II, p. 418, con nota di TRAMONTANO, *Causalità attiva e omissiva, ed obblighi divisi e congiunti di garanzia; tre sentenze di merito a confronto*.

²⁷ Vedasi FIANDACA-MUSCO, op. cit., p. 558 e la bibliografia *ivi* citata.

²⁸ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 343; si è detto anche che i limiti sono volti ad evitare un poco auspicabile "effetto deresponsabilizzante". A riguardo, vedasi MASSARO, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in tema di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. pen.*, 2011, 11, p. 3857.

3. La dialettica regola-eccezione nell'applicazione del principio di affidamento.

Nelle pieghe argomentative della sentenza che ci occupa viene fatto il punto sui limiti di operatività del principio di affidamento, illuminati – come noto – dalla finalità ultima e unica di ogni trattamento sanitario: la tutela della salute del paziente.

Innanzitutto, la quarta sezione della Corte di cassazione, sviluppando le conclusioni già raggiunte precedentemente in seno alla stessa²⁹, afferma che il principio di affidamento non sia invocabile allorché l'inosservanza da parte di altri delle regole precauzionali imposte, si innesti sull'inosservanza di una regola precauzionale proprio da parte di chi invochi il principio. In altri termini, il sanitario che abbia posto in essere la condotta lesiva, confidando che altri ponga rimedio al proprio inadeguato contegno, non può sottrarsi al rimprovero penale. In tale ipotesi, persiste la responsabilità anche di colui che abbia violato per primo le cautele doverose in forza del principio di equivalenza delle cause *ex art. 41, co. 1 c.p.*: l'evento lesivo, dunque, avrà il proprio antecedente causale anche nel contegno del sanitario che invochi l'applicazione del principio di affidamento. Diversamente può opinarsi solo se la condotta sopravvenuta del sanitario abbia fatto venire meno la situazione di pericolo originariamente provocata da chi invochi il principio di affidamento, a mente dell'art. 41 cpv. c.p.

In vero, a parere di chi scrive, l'ipotesi illustrata non configura un limite all'operatività principio di affidamento, ma un *quid alieni* rispetto allo stesso, in quanto non ne condivide lo spazio applicativo. Ed infatti, il principio di affidamento – come noto – suppone che l'evento sia materialmente ascrivibile ad un soggetto diverso da colui che lo invochi, il quale mira proprio a sottrarsi al rimprovero penale per non avere neutralizzato il fatto lesivo altrui, che non rientra, pertanto, tra i suoi doveri di diligenza, prudenza e perizia.

Ciò posto, una volta accertato la non riferibilità eziologica dell'evento alla condotta del sanitario, questi non potrà invocare il principio di affidamento per sottrarsi al rimprovero penale allorché sia obbligato ad adottare le misure necessarie alla neutralizzazione dei rischi derivanti dalle altrui scorrettezze. Rappresenta, infatti, principio pacifico in giurisprudenza quello secondo cui in caso di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, ogni sanitario è tenuto ad osservare, oltre che le regole di diligenza e prudenza connesse alle specifiche e settoriali mansioni svolte, gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico della salvaguardia della salute del paziente. Il singolo medico, quindi, non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio³⁰.

²⁹ Si confronti, *ex plurimis*, Cass, sez. IV, 26 novembre 2011, n. 46824; sez. IV, 27 giugno 2013, n. 35827.

³⁰ Cfr. *ex multis*, Cass. Pen. Sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 41317, e altri, così massimata: «In tema di colpa medica nell'attività di "équipe", ciascuno dei soggetti che si dividono il lavoro risponde dell'evento illecito, non solo per non

L'indirizzo interpretativo illustrato pone, dunque, un obbligo di controllo e valutazione dell'operato altrui che si spinge fino all'intervento correttivo su errori che siano evidenti e non settoriali. Ne deriva che la previa divisione del lavoro – contrariamente a quanto si verificherebbe applicando fedelmente il principio di affidamento – non esonera, di per sé, dal verificare la correttezza dell'altrui operato.

Orbene, siffatto dovere viene definito "secondario", in contrapposizione a quello "primario" relativo all'adempimento dei compiti specifici inerenti un determinato profilo professionale³¹.

Se così è, ci pare possibile affermare che il protocollo di accertamento della responsabilità penale di fronte al fenomeno della plurisoggettività sullo scenario terapeutico tragga alimento da una complessa dialettica tra regola ed eccezioni³². La regola di base è che nell'attività di lavoro in *équipe* ciascuno risponda soltanto dell'inosservanza delle *leges artis* del proprio specifico settore, in omaggio al principio dell'affidamento reciproco; l'eccezione riguarda l'ipotesi relativa alla percezione – in ragione del collegamento funzionale e ambientale che caratterizza l'attività in *équipe* – di circostanze fattuali che si rivelino idonee ad annullare l'aspettativa di un comportamento corretto da parte degli altri³³.

Proprio per descrivere tale regime, in dottrina si è evocato il principio dell'affidamento c.d. "temperato"³⁴, tale da conciliare le esigenze di tutela della vita e

aver osservato le regole di diligenza, prudenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma altresì per non essersi fatto carico dei rischi connessi agli errori riconoscibili commessi nelle fasi antecedenti o contestuali al suo specifico intervento». Cfr. altresì Cass. Pen. Sez. IV 12 luglio 2006, n. 33619: «In materia di colpa medica nelle attività d'équipe, del decesso del paziente risponde ogni componente dell'équipe, che non osservi le regole di diligenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, e che venga peraltro meno al dovere di conoscere e valutare le attività degli altri medici in modo da porre rimedio ad eventuali errori, che pur posti in essere da altri siano evidenti per un professionista medio»; Cass. Pen. Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 24036, «In tema di colpa professionale, nel caso di "équipes" 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 settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio».

³¹ RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013, pp. 62 e ss.; ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, pp. 257 e ss. Sul punto si veda M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, p. 155; SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988, p. 137; FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 284 e ss.; CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 490 e ss.; F. MANTOVANI, op. cit., p. 343; FIANDACA-MUSCO, op. cit., p. 559; BLAIOTTA, sub. art. 43, in *Codice penale*, a cura di Lattanzi-Lupo, vol. II, *Il reato*, lb. 1, Milano, 2010, p. 494 e ss.

³² Così MASSARO, op. cit., p. 3858.

³³ Si veda Cass. pen, sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360. Più nel dettaglio, un obbligo di tal genere riguarda tutti i membri dell'*équipe* e, in caso di *équipe* gerarchicamente organizzata, esso si estrinsecherà nel segnalare al sanitario assuma la direzione dell'intervento quanto eventualmente riscontrato.

³⁴ MARINUCCI-MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, op. cit., p. 217 e ss.; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980, pp. 21 e ss.; AVECONE, *La responsabilità*

dell'integrità fisica con il principio della personalità della responsabilità penale³⁵. Detto principio è applicato facendo leva sui parametri dell'evidenza e non settorialità dell'errore altrui, in presenza dei quali la giurisprudenza più recente ha ritenuto, infatti, rimproverabile l'inosservanza del dovere di controllo del sanitario³⁶, in quanto esigibile il comportamento alternativo diligente.

Orbene, il concetto di *evidenza* non va inteso in senso quantitativo, come grossolanità dello scostamento della condotta del collega dalle regole dell'arte che disciplinano la corretta esecuzione della prestazione dovuta. Ed infatti, nella particolare materia che qui ci occupa, ogni errore tecnico può ledere o mettere in pericolo la vita o l'integrità psico-fisica del paziente sottoposto a cura, ove non tempestivamente neutralizzato. Deve, piuttosto, trattarsi di evidenza qualitativa, intesa, cioè, come concreta percezione o percepibilità dell'errore da parte di un professionista, impegnato nelle mansioni di sua competenza.

All'evidenza dell'errore deve associarsi, poi, il concorrente requisito della *non settorialità*. Anche questo secondo elemento contribuisce a rendere il dovere di controllo compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale. Ed infatti, in tanto può esigersi da un sanitario di avvedersi di un altrui errore tecnico e di emendarlo, solo in quanto lo stesso sia rilevabile in base al patrimonio di conoscenze comuni ad ogni sanitario, ancorché non possieda le speciali cognizioni tecniche del medico che ha commesso l'errore³⁷.

L'accertamento dei menzionati elementi, poi, va svolto in rapporto alle peculiarità della fattispecie concreta³⁸, con la puntualizzazione che essi andranno apprezzati anche in relazione alla tipologia ed al contenuto delle mansioni demandate ai singoli sanitari, la cui difficoltà non può non influire, in modo inversamente proporzionale, sull'attenzione profusa nell'esercizio dell'obbligo secondario di controllo sull'operato altrui. È stato, altresì, rilevato come sulla verifica degli stessi fattori sembrano incidere sia la fase del trattamento in cui l'errore interviene (nelle tappe cruciali dell'intervento, infatti, deve pretendersi una maggiore attenzione dei partecipi al gruppo) sia l'effettivo grado di inserimento del singolo professionista nel contesto complessivo del procedimento terapeutico (il professionista che ha assunto un ruolo assolutamente marginale nell'ambito della procedura, ad esempio, non potrà avere lo stesso patrimonio di conoscenze in ordine alla storia clinica del paziente o alla scelta

penale del medico, Milano, 1981, p. 154; MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984; IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 74; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., passim; ID, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, op. cit., p. 1051; BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, op. cit., pp. 510 e ss.

³⁵ GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011, pp. 50 e ss.

³⁶ In tale orientamento si collocano, tra le altre, Cass. Sez. IV, 24 gennaio 2005; Cass. Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 228577; Cass. Sez. IV, 6 maggio 2005, n. 22579, in *Cass. pen.*, 2006, 9, 2838.

³⁷ CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cass. Pen.*, 9, p. 2839.

³⁸ Sulla ricostruzione della doppia misura della colpa come congiunta operatività dei parametri dell'agente modello (misura oggettiva) e dell'agente concreto (misura soggettiva), si veda ROMANO, op. cit., 458 e 467-468.

terapeutica decisa, e tale difetto cognitivo potrebbe riflettersi sulla possibilità e sulle modalità di intervento in caso di errore altrui)³⁹.

In definitiva, l'indirizzo interpretativo espresso dalla Corte di cassazione, non distinguendo tra cooperazione sincronica e diacronica, è nel senso che 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 settoriali e, come tali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio⁴⁰.

Il principio di affidamento, pertanto, non è invocabile allorché l'operatore abbia violato il dovere di coordinamento della propria con l'altrui condotta, il dovere di conoscere e valutare l'operato altrui, il dovere di controllare i rischi derivanti dal fatto stesso di operare su uno scenario terapeutico a carattere plurisoggettivo. La violazione dei predetti doveri non rende immune il sanitario, che abbia adempiuto al proprio "dovere diviso", dal giudizio di responsabilità penale.

Più in particolare, in tali casi, secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, pare venire in rilievo la fattispecie della cooperazione colposa omissiva, che rientra nello spettro applicativo dell'art. 113 c.p., letto congiuntamente all'art. 40 cpv. c.p.

La dinamica regola-eccezione illustrata subisce, però, una torsione qualora si discuta della responsabilità del capo *équipe*, tematica non affrontata dalla Suprema Corte nella sentenza che si annota.

Ed invero, nelle *équipe* gerarchicamente organizzate il rapporto tra il principio di affidamento e dovere di controllo risulta invertito, nella misura in cui il medico in posizione sovraordinata ha l'obbligo di porsi in condizione di controllare l'operato dei sottoposti, intervenendo tempestivamente per porre rimedio ad eventuali comportamenti negligenti. Si è osservato come tale regime sia coerente con la posizione di vertice ricoperta dal capo *équipe*, chiamato proprio a dirigere e coordinare l'attività dei medici in posizione subalterna nell'attività dei quali, pertanto, non può, di regola, porre affidamento⁴¹.

A riguardo, se non ci sbagliamo, si potrebbe rilevare come la posizione di garanzia del capo *équipe* a tutela della salute del paziente si arricchisca di un particolare dovere estraneo alla posizione del medico che non assuma siffatti incarichi di direzione, avente per oggetto, in particolare, proprio la neutralizzazione degli altrui comportamenti scorretti. Detto altrimenti, dovere primario del capo *équipe* è proprio quello di controllo sull'altrui operato, che, differentemente, assume un ruolo secondario in capo agli altri componenti. Ne deriva, giocoforza, che, in caso di esito infausto dovuto al contegno colposo di un componente l'*équipe*, il medico in posizione apicale non potrà

³⁹ CANTAGALLI, op. cit. p. 2841.

⁴⁰ Si veda ancora Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548.

⁴¹ Si veda MASSARO, op.cit., p. 3861.

invocare il principio dell'affidamento per andare esente dal rimprovero penale. A tale prospettiva esegetica, però, pare correlato in modo inscindibile il rischio che la responsabilità del medico in posizione di vertice si riduca ad una vera e propria responsabilità oggettiva o per fatto altrui⁴².

In vero, proprio con riferimento alla posizione del medico in posizione apicale, autorevole dottrina ha tentato di valorizzare il principio di affidamento, seppur con cadenze argomentative del tutto speculari a quelle sino ad ora espresse. Più in particolare, è stato osservato come la responsabilità del medico che riveste un ruolo apicale possa essere esclusa laddove sussistano circostanze concrete tali da fondare un ragionevole affidamento sull'operato dei sanitari in posizione subalterna⁴³. In tale prospettiva, il principio di affidamento non costituisce la regola, ma l'eccezione⁴⁴.

Nondimeno, la Corte di cassazione in una recente pronuncia ha affermato che il principio di affidamento possa trovare riconoscimento anche in seno alle *équipe* strutturate in senso gerarchico, allorché sia in questione un sapere altamente specialistico, che giustifichi, pertanto, la preminenza del ruolo decisorio e della responsabilità della figura che è portatrice delle maggiori competenze specialistiche. Diverso discorso va fatto, invece, per ciò che attiene a scelte e determinazioni che rientrano nel comune sapere di un accorto terapeuta, nonché per quanto riguarda ambiti disciplinari nei quali è coinvolta la concorrente competenza di diverse figure. In tali situazioni riemerge il ruolo guida e la responsabilità del capo *équipe*. In buona sostanza, quando l'errore è riconoscibile perché banale o perché coinvolge la sfera di conoscenza del capo *équipe*, questi non può esimersi dal dirigere la comune azione ed imporre la soluzione più appropriata⁴⁵.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, l'esito infausto è stato determinato proprio dalla condotta imperita del capo *équipe* ginecologo e, pertanto, il tema d'indagine involge l'addebitabilità delle lesioni all'infermiere anestesista, in posizione subalterna, a titolo di contributo concorsuale colposo omissivo. Pertanto, non venendo in rilievo la violazione del dovere di controllo e coordinamento del capo *équipe*, la Corte è stata chiamata a verificare la percepibilità dell'errore di questi da parte dell'infermiere e, in tale prospettiva, ha affermato, in linea generale, che detto giudizio non possa essere svolto sulla base della mera valutazione del profilo professionale attribuito dalle leggi sanitarie al professionista, occorrendo, piuttosto, il riferimento alle circostanze fattuali della condotta tenuta e alla concreta possibilità di agire. In applicazione di tali coordinate ermeneutiche, la Corte giunge a negare la responsabilità dell'ostetrico, accertandone l'incapacità di valutare l'intensità della trazione esercitata dal medico sulla testa fetale e,

⁴² Per tale rilievo critico, vedasi, tra gli altri, VENEZIANI, op. cit., 197.

⁴³ CRESPI, op. cit. p. 155-156;

⁴⁴ IADECOLA, op. cit. p. 228.

⁴⁵ Si confronti, Cass. pen., 5 maggio 2015, sez. IV, n. 3329, con la quale, con riferimento alla posizione dell'anestesista rianimatore, la Cassazione ha affermato che questi, in quanto portatore di conoscenze specialistiche, assuma la connessa responsabilità in relazione alle fasi di qualche qualificata complessità nell'ambito dell'atto operatorio.

dunque, la correttezza della manovra, nonché di intervenire per correggere l'errore del ginecologo.

La Corte di cassazione ribadisce, dunque, che sono le circostanze fattuali in cui si sviluppa l'intervento terapeutico a dovere orientare l'interprete nella verifica dell'evidenza e non settorialità dell'errore altrui, al di là di quanto previsto, in linea astratta, dalla normativa sanitaria.

4. La riconduzione a sistema.

In conclusione, pare opportuno sussumere il regime della responsabilità in *équipe* nell'ordinario procedimento ermeneutico che governa il giudizio di accertamento della fattispecie della cooperazione colposa omissiva, avendo cura di distinguere il piano della tipicità obiettiva da quello della colpevolezza.

Detto altrimenti, si tenterà di *ricondurre a sistema* le osservazioni rassegnate nei paragrafi che precedono.

Ebbene, come noto, la struttura obiettiva della fattispecie della cooperazione colposa omissiva riposa sui due requisiti che seguono⁴⁶.

Il primo è che l'inerzia costituisca violazione di un obbligo giuridico impeditivo, avente per oggetto il reato altrui e idonea ad astrarre dall'area dell'indifferente penale il *non facere*. Siffatto requisito pare essere pienamente soddisfatto, in quanto non ci pare possa porsi in dubbio che il sanitario componente di un'*équipe* ricopra la medesima posizione di garanzia – rispetto al paziente – che avrebbe qualora operasse *uti singulus*⁴⁷.

La configurazione della fattispecie del concorso omissivo colposo richiede, altresì, l'accertamento, secondo i criteri della causalità omissiva, che l'intervento omesso avrebbe impedito la realizzazione dell'evento. Occorre, cioè, verificare che, in base al giudizio bifasico propugnato dal noto arresto delle Sezioni unite⁴⁸, l'omissione del componente *l'équipe* assurga a *condicio sine qua non* dell'evento lesivo. Diversamente opinando, si giungerebbe ad avallare un paradigma di ascrizione di responsabilità per

⁴⁶ Si confronti DELOGU, *La partecipazione negativa al reato secondo il nuovo codice*, in *Annali*, 1935, 927; VINCIGUERRA, *Sulla partecipazione atipica mediante omissione a reato proprio*, in *Riv. it.*, 1967, 307; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, p. 317; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, p. 82; F. MANTOVANI, *Manuale*, cit., p. 509 e ss.

⁴⁷ La posizione di garanzia richiamata ha uno specifico fondamento normativo nella legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale (legge 23 dicembre 1978, n. 833). Tale normativa, infatti, prevede che la «*la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale*». Sviluppando tale principio, l'art. 14 della predetta legge, nello specificare i compiti delle unità sanitarie locali, stabilisce che le U.S.L. – ora A.S.L. – provvedano «*all'assistenza medico-generica*», «*all'assistenza medico-specialistica*» e «*all'assistenza ospedaliera*». I titolari delle posizioni di garanzia sono ora individuati dal d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, che, riconoscendo ai medici lo *status* di «*dirigenti sanitari*» e rimodellando il D.P.R. 20 dicembre 1979, 761, distingue tra i profili professionali del «*dirigente con incarico di direzione di struttura complessa*», *dirigente sanitario privo di incarico di struttura*. Sul punto, vedasi GRASSO, op. cit., p. 317; LEONCINI, op. cit., p. 82.

⁴⁸ Trattasi della celeberrima sentenza *Franzese*, S.U. 10 luglio 2002, n. 30328.

fatto altrui o per assunzione⁴⁹occulta, fondata esclusivamente sull' accertamento della posizione di garanzia, in palese violazione del principio di personalità della responsabilità penale⁵⁰. Il riconoscimento del rilievo causale del contegno omissivo del sanitario, poi, passa necessariamente per l'esatta individuazione dei poteri impeditivi ad esso riconosciuti dalla legge. Detti poteri riempiono di contenuto il precetto penale, specificando il comando imposto, cioè, in altre parole, le condotte che l'ordinamento pretende siano poste in essere dal garante per impedire il reato⁵¹.

L'adesione all'opzione ermeneutica secondo la quale la rilevanza concorsuale di una condotta è legata non solo alla sua valenza condizionante, ma anche agevolatrice rispetto al fatto di reato conduce, giocoforza, a ritenere che gravi sul garante l'obbligo di attivare tutti i poteri, anche quelli non direttamente impeditivi⁵². Tale conclusione si fonda su argomentazioni sia di teoria generale del diritto, per cui la modifica di una posizione soggettiva altrui – che si suole indicare come risultato tipico della situazione di "potere" – si ottiene spesso, secondo l' ordinamento, attraverso l' attivazione di procedure⁵³, sia funzionalistiche, evidenziando che, diversamente opinando, resterebbero fuori dalla cerchia dei garanti, una serie di soggetti ai quali non sia possibile riconoscere poteri direttamente impeditivi, tali cioè da produrre doveri di conformazione in capo ad altri soggetti⁵⁴.

Ancora, controversa in dottrina e giurisprudenza è la questione relativa alla tipicità dei poteri impeditivi. La Suprema Corte ha adombrato la linea interpretativa secondo la quale il garante debba attivare ogni possibile potere, giuridico o di fatto, connesso o meno con la propria funzione, con il solo limite dei comportamenti anti-giuridici⁵⁵. Differentemente, l'indirizzo espresso in dottrina è nel senso di annettere rilevanza ai soli poteri giuridici, cioè ricostruibili alla luce della normativa che disegna

⁴⁹ L'argomentazione è sviluppata in letteratura con riferimento alla responsabilità penale degli organi di controllo per i fatti degli amministratori. In argomento può confrontarsi, tra gli altri, CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari (Una lettura critica della recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, 333 e ss.; ID, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 162 e ss.

⁵⁰ Se si prescindesse dall' accertamento del nesso causale si perverrebbe, peraltro, al risultato di una modificazione genetica della fattispecie, che muta da reato omissivo improprio ad omissivo proprio, in cui il reato altrui assume la fisionomia, non già di evento, bensì di condizione obiettiva di punibilità. Ciò, dunque, porterebbe ad infrangere anche il principio di legalità.

⁵¹ PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità da posizione*, in *Giur. it.*, 2010, p. 978 e ss.

⁵² Vedasi, tra gli altri, CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale*, cit. p. 334; PISANI, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni. Posizioni di garanzia societarie e poteri giuridici di impedimento*, Milano, 2003, 67 e ss.

⁵³ NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, p. 286; nella particolare ipotesi che qui ci occupa, relativa al settore sanitario, una particolare procedura potrebbe essere quella che imponga di segnalare l'errore al capo *équipe*.

⁵⁴ GIUNTA, *Controllo e controllori nello specchio del diritto penale societario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 608.

⁵⁵ Vedasi *ex plurimis* Cass. Sez. V, 4 maggio 2011, n. 28932, in *Riv. dott. comm.*, 2012, p. 187, con nota di CHIARAVIGLIO, *Causalità omissiva e potere d'impedire l'evento: la posizione dei sindaci e degli amministratori privi di delega nelle società di capitali*.

la posizione di garanzia⁵⁶. Tale orientamento pare preferibile in quanto i poteri impositivi danno corpo all'obbligo di garanzia e, pertanto, sono assoggettati, al pari della stessa, al principio di legalità.

Concludendo l'anamnesi del profilo oggettivo, va evidenziata – in linea con i postulati della teorica della *doppia misura della colpa*⁵⁷ – la necessità che il contegno inerte del medico che compone l'*équipe* sia posto in essere in violazione di una regola cautelare (cd. misura oggettiva della colpa)⁵⁸.

Ebbene, in tale prospettiva, il surriferito dovere secondario di controllo rappresenterebbe, se non ci sbagliamo, proprio una regola cautelare, volta, però, non già direttamente ad evitare l'evento lesivo, bensì a neutralizzare un comportamento altrui pericoloso e dunque – solo mediatamente – ad evitare l'evento lesivo⁵⁹. Trattasi, però, di una regola cautelare la cui osservanza si imporrebbe in via eventuale, in quanto verrebbe in rilievo – come già osservato – solo nel momento in cui siano percepite circostanze concrete che siano tali da infirmare la generale aspettativa di affidabilità altrui. In altri termini, tali doveri secondari, cd. relazionali⁶⁰, sorgono solo per effetto della cessazione della operatività del principio di affidamento⁶¹.

⁵⁶ CENTONZE, *Il problema della responsabilità*, cit., p. 335;

⁵⁷ In tale prospettiva esegetica si muove larga parte della dottrina italiana, seppur con accenti diversi. A riguardo si confronti: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 324; FIANDACA-MUSCO, op. cit., p. 545; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, p. 238; ROMANO, sub. art. 43, *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, art. 1-84, Milano, 2004, 457; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, p. 207; PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 350; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, p. 324.

⁵⁸ È appena il caso di osservare – non potendo in questa sede approfondire un maggiore impegno esplicativo – che i sostenitori della teoria della *doppia misura della colpa* si dividono circa i criteri posti a governo dell'individuazione delle cautele doverose. Si registrano, infatti, diverse opzioni ricostruttive circa il punto di vista dal quale valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento. Ci si limiterà ad accitare ai due indirizzi ermeneutici maggiormente diffusi. Ebbene, un primo orientamento fa leva sul criterio dell' *homo eiusdem professionis et condicionis*, definito sulla base di un procedimento che, muovendo dalla persona reale dell'imputato, costruisca un gruppo di persone a lui "omologhe" e, all'interno di tale gruppo, immagini un agente modello, quale esponente coscienzioso ed avveduto, senza però trascurare le particolari note distintive della persona reale in rapporto all'età, all'attività svolta ed alle caratteristiche fisiche (vedasi, tra gli altri, FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 237, con le ulteriori citazioni della dottrina conforme). Differentemente, altra parte della dottrina ritiene che le cautele doverose oggettive debbano scaturire da una valutazione di prevedibilità ed evitabilità effettuata in base alla migliore scienza ed esperienza del momento storico riferibile alle situazioni in cui opera l'agente. Siffatto orientamento muove dalla considerazione per la quale il livello della migliore scienza ed esperienza del momento storico sia imposto poiché, da un lato, risulta più in linea all'idea un diritto penale con funzione di tutela di beni giuridici e, dall'altro, consente, di fronte ai vuoti di "positivizzazione" delle regole cautelari, di meglio soddisfare pure nella colpa le esigenze di tassatività e certezza giuridica, riducendo il rischio che la intuizione del giudice si elevi a fronte di produzione di regole cautelari, scientificamente non conformate (si confronti MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 330).

⁵⁹ COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980., pp. 63.

⁶⁰ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 74 e ss.; CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 826; Perin, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2, 2012, p. 105 e ss.

⁶¹ CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, op. cit., p. 519.

In tale prospettiva, come rilevato in dottrina, *“la cooperazione colposa [...] non rappresenta una «deviazione» rispetto [al principio di affidamento], ma piuttosto una conseguenza logica del suo esautoramento quando il pericolo derivante dall'altrui imprudenza sia riconoscibile, una conseguenza che comporta appunto l'accrescimento delle cautele in direzione del comportamento altrui”*⁶².

È appena il caso di osservare – non potendo, per ragioni di sinteticità legate alla natura del presente lavoro, approfondire più diffusamente la tematica – che i summenzionati doveri relazionali, incombenti – ripetasi – quando, in via eccezionale, non opera il principio di affidamento, siano stati distinti in dottrina nelle categorie seguenti⁶³: 1) *obblighi sinergici, o complementari*, rivolti a coordinare la condotta di un soggetto con quella altrui; 2) *obblighi accessori*, tesi a neutralizzare il rischio che altri strumentalizzino in senso lesivo la propria condotta; essi, in particolare, assumono la peculiare fisionomia di obblighi relazionali a contenuto negativo – orientati ad evitare che le attività di ciascuno si sovrappongano in modo rischioso – nei contesti di cooperazione multidisciplinare diacronica, in cui, per effetto dell'operare reciproco del dovere di affidamento, emerge un obbligo cautelare di non creare incautamente affidamenti erronei negli altri intervenienti⁶⁴; 3) *obblighi eterotropi, o di controllo del comportamento altrui, o di informazione nei confronti di terze persone*, che costituiscono obblighi di controllo o informazione rispetto a terze persone, che vengono in rilievo in presenza di rapporti di sovraordinazione/subordinazione fra operatori oppure in ragione delle particolari modalità di suddivisione del lavoro fra soggetti non legati da vincoli funzionali; sono anche configurabili in situazioni di traslazione di competenze come nel caso delle *équipe* diacroniche.

Sul piano dell'accertamento della causalità della colpa, poi, la Corte di cassazione ha più volte affermato che quando la ricostruzione del comportamento alternativo lecito idoneo ad impedire l'evento deve essere compiuta nella prospettiva della interazione tra più soggetti, sui quali incombe l'obbligo di adempiere allo stesso dovere o a doveri tra loro collegati, la valutazione della condotta di colui che è tenuto ad attivare altri va valutata assumendo che il soggetto che da esso sarebbe stato attivato avrebbe agito correttamente, in conformità al parametro dell'agente "modello"⁶⁵.

Esaurita, certamente in modo non esaustivo, la disamina del piano della tipicità oggettiva, giova spostare il fuoco d'indagine sul profilo subiettivo. Su tale direttrice,

⁶² CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., p. 839.

⁶³ CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., p. 829.

⁶⁴ CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., pp. 832 e ss.

⁶⁵ Si confronti Cass. Pen., Sez. IV, 2 luglio 2015, n. 31244. In dottrina, si confronti VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 328 secondo cui se il comportamento alternativo lecito consiste nell'attivare o comunque nel coinvolgere un altro soggetto, il giudizio c.d. controfattuale considererà la condotta del soggetto attivato con riferimento all'agente modello e non a quello in “carne ed ossa” poiché non c'è invero nessuna legge scientifica in grado di spiegare come si sarebbero comportati altri soggetti, chiamati ad interagire nel caso concreto.

occorre verificare che l'omissione del sanitario sia rimproverabile a titolo di colpa, sì da instaurare un effettivo legame personale tra il fatto ed il suo autore, in linea con le indicazioni costituzionali. Ed è proprio in tale prospettiva che vengono in rilievo i requisiti della evidenza e non settorialità, i quali – come già osservato – consentono di addebitare al sanitario la violazione del dovere cautelare, ancorato a precisi elementi di riconoscibilità dell'errore⁶⁶, il cui mancato accertamento determinerebbe il rischio di spersonalizzare il rimprovero per l'omesso esercizio dell'obbligo di controllo e di affermare la riviviscenza di una responsabilità oggettiva del medico per il solo fatto della sua partecipazione all'attività che ha avuto un risultato negativo.

Alla luce delle osservazioni sviluppate emerge che, nelle ipotesi in cui la cooperazione sia svolta tra medici di pari grado, l'inoperatività del principio di affidamento reciproco si giustifica sulla base dell'ordinario protocollo di accertamento della responsabilità omissiva. Detto altrimenti, se non vi sono errori da parte dei colleghi, la posizione di garanzia – e quello di diligenza che contribuisce a delinearne il contenuto – non si attivano, potendo il medico fare affidamento sulla correttezza dell'altrui operato; diversamente, nell'ipotesi in cui sullo scenario dell'intervento pluripersonale si manifesti un contegno inappropriato, il medico vede attivarsi il proprio ruolo di garante ed è chiamato ad attendere alle cautele doverose relazionali opportune per neutralizzare il rischio di verificazione dell'esito infausto. In quest'ultima ipotesi, poi, appare necessario – come dinanzi riferito – l'accertamento della riferibilità soggettiva della violazione.

Se così è, non pare configurabile in capo al medico partecipante all'attività terapeutica un astratto e omnicomprensivo obbligo di controllo che, di fatto, renderebbe privo di significato lo stesso concetto di divisione del lavoro.

Diversamente, non pare essere riconducibile a sistema il protocollo di accertamento della responsabilità del capo *équipe* per gli errori terapeutici dei sottoposti, in seno all'*équipe* gerarchicamente organizzate. Ed invero, a noi pare che detta responsabilità risulta essere ancorata, in linea generale, a criteri di ascrizione incompatibili col principio di personalità della responsabilità penale. Come già osservato, il capo *équipe* risponderà dell'evento lesivo cagionato dal collaboratore solo sulla scorta della sua posizione di garanzia, non attribuendosi alcun rilievo, salvo quanto affermato da più recenti statuizioni⁶⁷, al profilo della riferibilità soggettiva, quanto meno a titolo di colpa, del fatto altrui.

⁶⁶ CANTAGALLI, op. cit., p. 2840.

⁶⁷ Si confronti, ancora, Cass. pen., 5 maggio 2015, sez. IV, n. 3329.