



A.D. MDLXII

Università degli Studi di Sassari

Dottorato di Ricerca in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi

XXV ciclo

**L'attività medica plurisoggettiva
tra affidamento e controllo reciproco**

Direttore della Scuola:

Chiar.mo Prof. Michele Comenale Pinto

Relatore:

Chiar.mo Prof. Francesco Angioni

Tesi di Dottorato del

Dott. Giovanni Pietro Lubinu

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

Indice

Cap. 1. – Attività medica plurisoggettiva e diritto penale: profili problematici generali.	P. 11
§ I. – L'erogazione plurisoggettiva della prestazione sanitaria.	P. 11
§ II. – Il percorso della presente indagine.	P. 17
Cap. 2. – Criteri di distribuzione della responsabilità penale nelle attività plurisoggettive improntate alla divisione del lavoro: il principio di affidamento.	P. 23
§ I. – Attività medica plurisoggettiva fra affidamento e cooperazione colposa: le questioni in gioco.	P. 23
§ II. – Criteri di distribuzione della responsabilità in attività interattive nella dottrina più risalente.	P. 25
§ II. 1. – La responsabilità «di gruppo».	P. 26
§ II. 2. – Il c.d. principio del «non-affidamento».	P. 28
§ III. – Il principio di affidamento.	P. 33
§ III. 1. – Brevi cenni sull'evoluzione della colpa in senso normativo.	P. 33
§ III. 2. – Il problema dell'estensione dei doveri cautelari nelle attività plurisoggettive.	P. 39

§ III. 3. – Genesi del principio di affidamento.	P. 43
§ III. 4. – Fondamento teorico-dogmatico del principio di affidamento.	P. 49
§ III. 4. 1. – Principio di affidamento come applicazione della teoria del rischio consentito.	P. 49
§ III. 4. 2. – Il principio di autoresponsabilità.	P. 54
§ III. 4. 3. – Attuale concezione sul fondamento teorico-dogmatico del principio di affidamento.	P. 57
§ III. 4. 4. – Fondamento teorico-dogmatico del principio di affidamento: conclusioni.	P. 63
§ III. 5. – Fondamento normativo del principio di affidamento.	P. 64
§ III. 6. – «Doveri comuni» e «doveri divisi».	P. 66
Cap. 3. – I limiti al principio di affidamenti con riferimento all'attività medica plurisoggettiva.	P. 74
§ I. – Premessa: la funzione del principio di affidamento.	P. 76
§ II. – Tipologie di cooperazione medica.	P. 78
§ III. – Il concetto di “ <i>équipe</i> ”.	P. 81
Sez. 1. – Cooperazione medica organizzata mediante divisione del lavoro in senso verticale: l'<i>équipe</i> di reparto.	P. 83
§ I. – I profili funzionali medici nell'ambito delle strutture ospedaliere pubbliche.	P. 83
§ II. – Evoluzione del quadro normativo relativo all'organizzazione	

ospedaliera.	P. 84
§ II. 1. – Il medico in posizione apicale.	P. 85
§ II. 1. 1. – R.D. n. 1631/1938.	P. 85
§ II. 1. 2. – D.P.R. n. 128/1969.	P. 87
§ II. 1. 3. – D.P.R. n. 761/1979.	P. 88
§ II. 1. 4. – D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999.	P. 90
§ II. 2. – Il medico in posizione intermedia.	P. 93
§ II. 2. 1. – R.D. n. 1631/1938.	P. 93
§ II. 2. 2. – D.P.R. n. 128/1969.	P. 94
§ II. 2. 3. – D.P.R. n. 761/1979.	P. 95
§ II. 2. 4. – D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999.	P. 96
§ II. 3. – Il medico in posizione iniziale.	P. 97
§ II. 3. 1. – R.D. n. 1631/1938.	P. 97
§ II. 3. 2. – D.P.R. n. 128/1969.	P. 97
§ II. 3. 3. – D.P.R. n. 761/1979.	P. 98
§ II. 3. 4. – D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999.	P. 98
§ III. – La responsabilità del medico in posizione apicale. Analisi del dato normativo: <i>culpa in eligendo</i> e <i>culpa in vigilando</i> .	P. 99
§ III. 1. – Responsabilità del medico in posizione apicale in relazione ai propri poteri di diagnostico-terapeutici e di organizzazione del lavoro.	P. 100
§ III. 1. 1. – La <i>culpa in eligendo</i> del medico in posizione apicale.	P. 101
§ III. 1. 1. 1. – L’assegnazione dei pazienti al personale subordinato e la delega di funzioni.	P. 102
§ III. 1. 1. 2. – Criteri di distribuzione del lavoro ai medici subordinati.	P. 105
§ III. 1. 1. 2. 1. – Competenza.	P. 105

§ III. 1. 1. 2. 2. – Equa distribuzione del lavoro e rotazione.	P. 108
§ III. 1. 2. – Il potere di direttiva del medico in posizione apicale e la <i>culpa in vigilando</i> .	P. 108
§ III. 1. 2. 1. – Omissione di direttive o istruzioni al personale.	P. 110
§ III. 1. 2. 2. – Responsabilità del “vertice” per inesecuzione o inesatta attuazione delle direttive o istruzioni impartite.	P. 110
§ III. 1. 2. 2. 1. – Profili professionali medici ed ampiezza crescente dell’obbligo di controllo del medico in posizione apicale.	P. 112
§ III. 1. 2. 2. 2. – Obbligo di controllo del medico in posizione apicale e tipologia di errore medico.	P. 116
§ III. 2. – La responsabilità del medico in posizione apicale: analisi giurisprudenziale.	P. 119
§ III. 3. – Considerazioni conclusive sulla responsabilità del medico in posizione apicale e proposte interpretative che valorizzino l’applicabilità del principio di affidamento.	P. 128
§ III. 4. – La posizione del capo- <i>équipe</i> .	P. 134
§ III. 4. 1. – Il capo- <i>équipe</i> nei casi di cooperazione monodisciplinare o multidisciplinare.	P. 135
§ III. 4. 2. – Distinzione o assimilazione fra le figure del c.d. “primario” e quella del capo- <i>équipe</i> .	P. 136
§ III. 4. 2. 1. – La tesi dell’assimilazione.	P. 136
§ III. 4. 2. 2. – La tesi della distinzione.	P. 137
§ III. 4. 2. 3. – Tesi della relazione fra obbligo di controllo del capo- <i>équipe</i> e fase dell’intervento.	P. 138
§ III. 4. 3. – La responsabilità del capo- <i>équipe</i> per fatto del collaboratore nella giurisprudenza di legittimità.	P. 139
§ III. 4. 4. – Critica alla giurisprudenza in tema di responsabilità del capo-	

<i>équipe.</i>	P. 143
§ III. 4. 4. 1. – Infondatezza della tesi della piena assimilazione fra c.d. “primario” e capo- <i>équipe.</i>	P. 143
§ III. 4. 4. 2. – Applicabilità del principio di affidamento anche in caso di obbligo di controllo sull’operato altrui.	P. 144
§ IV. – La responsabilità dei medici in posizione funzionale subordinata.	P. 147
§ IV. 1. – Quadro normativo di riferimento.	P. 148
§ IV. 2. – Autonomia limitata o vincolata dei medici in posizione funzionale subordinata; il potere di avocazione del medico in posizione apicale.	P. 152
§ IV. 2. 1. – Vincolatività delle direttive del medico in posizione apicale: applicabile l’art. 51 c.p.?	P. 153
§ IV. 2. 2. – Sindacabilità delle direttive del medico in posizione apicale nella giurisprudenza.	P. 155
§ IV. 2. 3. – Conseguenze penali della condivisione della direttiva erronea impartita dal medico in posizione apicale.	P. 158
§ IV. 2. 3. 1. – Il medico in posizione apicale muta approccio diagnostico-terapeutico, nuova condivisione.	P. 158
§ IV. 2. 3. 2. – Il medico in posizione apicale conferma le proprie scelte: avocazione del caso alla sua diretta responsabilità.	P. 159
§ IV. 2. 3. 3. – Tesi del dovere di non collaborazione da parte del medico subalterno dissenziente.	P. 162
§ IV. 2. 3. 4. – Dissenso del medico subalterno, difficoltà probatorie.	P. 163
§ IV. 2. 4. – La colpa del medico in posizione subalterna: esigibilità del dovere di controllo reciproco ipotizzato dalla prassi e della manifestazione del dissenso; principio di affidamento.	P. 163
§ IV. 2. 4. 1. – Critica al dovere di controllo incrociato.	P. 163

§ IV. 2. 4. 2. – Esigibilità del dissenso del subordinato e principio di affidamento.	P. 168
§ IV. 2. 5. – La giurisprudenza più recente.	P. 175
Sez. 2. – Cooperazione medica organizzata mediante divisione del lavoro in senso orizzontale: la cooperazione multidisciplinare sincronica nella c.d. <i>équipe</i> in senso stretto.	P. 179
§ I. – Perimetrazione dell’ambito di indagine: la c.d. <i>équipe</i> in senso stretto e l’ipotizzabilità di obblighi cautelari relativi alle condotte altrui in contesti non gerarchizzati.	P. 179
§ II. – Il limite al principio di affidamento relativo alla percezione dell’altrui inaffidabilità.	P. 182
§ II. 1. – Soglia di rilevanza dell’errore altrui; in generale.	P. 186
§ II. 2. – Soglia di rilevanza dell’errore altrui; nella medicina d’ <i>équipe</i> .	P. 187
§ III. – Il principio di affidamento nella cooperazione medica multidisciplinare sincronica.	P. 189
§ III. 1. – L’obbligo di controllo reciproco nella giurisprudenza di legittimità.	P. 191
§ III. 2. – La configurabilità di obblighi di controllo reciproco, in relazione all’istituto della cooperazione colposa.	P. 193
§ III. 2. 1. – La cooperazione colposa: brevi note storico-dogmatiche.	P. 194
§ III. 2. 1. 1. – La funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p., con particolare riferimento ai reati causalmente orientati.	P. 194

§ III. 2. 1. 2. – La tesi del legame psicologico fra i concorrenti come elemento discretivo fra la cooperazione colposa ed il concorso di cause colpose indipendenti.	P. 196
§ III. 2. 1. 3. – L'interpretazione del 113 c.p. alla luce della concezione normativa della colpa.	P. 198
§ III. 2. 1. 3. 1. – Tesi della prevedibilità dell'altrui condotta colposa.	P. 198
§ III. 2. 1. 3. 2. – Tesi della violazione di regole cautelari secondarie.	P. 199
§ III. 2. 1. 3. 3. – Tesi della indistinzione fra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti.	P. 201
§ III. 2. 2. – Recenti approdi interpretativi in tema di cooperazione colposa: l'obbligo di prudente interazione come limite al principio di affidamento.	P. 203
§ III. 3. – Considerazioni sulla giurisprudenza in materia di obbligo di controllo sull'operato altrui: la negazione del principio di affidamento?	P. 207
§ III. 4. – Cooperazione colposa, obblighi relazionali e principio di affidamento.	P. 210
§ III. 5. – Alcune parziali conclusioni.	P. 216
§ III. 6. – Profili soggettivi. Evidenza e non settorialità dell'errore altrui: il c.d. principio di affidamento c.d. temperato.	P. 216
§ III. 6. 1. – Evidenza.	P. 219
§ III. 6. 2. – Non settorialità.	P. 220
§ IV. – Conclusioni.	P. 221

Sez. 3. – La cooperazione diacronica: la successione nella posizione di garanzia ed il principio di affidamento.	P. 227
§ I. – Nozione; perimetrazione dell’area d’indagine.	P. 227
§ I. 1. – Cooperazione diacronica ed <i>équipe</i> .	P. 229
§ II. – Distinzione tra successione nella posizione di garanzia “fisiologica” e “patologica”.	P. 230
§ II. 1. – Distinzione fra trasferimento di obblighi di garanzia e successione nella posizione di garanzia.	P. 231
§ II. 1. 1. – Trasferimento di obblighi di garanzia; delega di funzioni.	P. 231
§ II. 1. 2. – La successione nella posizione di garanzia; nozione.	P. 234
§ II. 2. – Condizioni di validità della successione “fisiologica” nella posizione di garanzia.	P. 234
§ II. 2. 1. – Liceità.	P. 235
§ II. 2. 2. – Successione in posizioni di garanzia di protezione?	P. 235
§ II. 2. 3. – Requisiti di effettività della successione nella posizione di garanzia.	P. 237
§ II. 2. 3. 1. – Passaggio di consegne fondato su fonti formali.	P. 238
§ II. 2. 3. 2. – Effettività dei poteri impeditivi del successore.	P. 238
§ II. 2. 3. 3. – Idoneità del garante cessionario: rilevante?	P. 240
§ III. – La successione “patologica” nella posizione di garanzia.	P. 242
§ III.1. – Il principio di continuità della posizione di garanzia.	P. 243
§ III. 1. 1. – Conferme giurisprudenziali del principio di continuità della posizione di garanzia.	P. 245

§ III. 2. – La precedente azione pericolosa come fonte dell’obbligo giuridico di impedire l’evento.	P. 247
§ III. 3. – La non invocabilità del principio di affidamento da parte di chi versi in colpa.	P. 251
§ III. 4. – La sovrapposizione fra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza.	P. 252
§ III. 5. – Critica all’orientamento giurisprudenziale.	P. 255
§ III. 6. – L’obbligo di informazione al momento del passaggio delle consegne.	P. 256
§ IV. – Recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di cooperazione multidisciplinare diacronica.	P. 258
Bibliografia.	P. 262

Cap. 1 – Attività medica plurisoggettiva e diritto penale: profili problematici generali.

§ I. – L'erogazione plurisoggettiva della prestazione sanitaria; § II. – Il percorso della presente indagine.

I. [L'erogazione plurisoggettiva della prestazione sanitaria] La realtà sanitaria odierna pone l'osservatore dinnanzi ad un fatto ormai consolidato. Lo svolgimento della prestazione terapeutica, un tempo rappresentabile con l'immagine del rapporto fra paziente e medico “di fiducia”, genericamente preparato dai propri studi accademici a far fronte alle più diverse emergenze patologiche che la casistica professionale potesse prospettargli, si manifesta oggi in termini radicalmente differenti.

Un termine – ricorrente in modo particolarmente frequente nella dottrina occupatasi del tema della responsabilità professionale in ambito sanitario – che ben rappresenta la mutata situazione odierna è quello di «parcellizzazione»¹ dell'atto medico. Termine che evoca un approccio al paziente, ed alla patologia che reclama soluzione, necessariamente “limitato” nella misura in cui necessariamente settoriale². Con una felice immagine, autorevole dottrina medico legale³ ha descritto l'atto medico come il frutto dell'unione armonica di tessere componenti un mosaico, teleologicamente orientato ad un fine ultimo, la tutela della salute del paziente.

Questo approccio parcellizzato, settoriale e specialistico all'erogazione della prestazione sanitaria è il portato più evidente del paradigma della previa divisione del lavoro che caratterizza ogni genere di struttura complessa⁴.

¹ V. FINESCHI, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1989, p. 419 e ss.; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2005, p. 225.

² G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 13.

³ A. NORELLI, *Sul divenire della responsabilità in ambito sanitario, note medico legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1985, p. 782.

⁴ Cfr. G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, pp. 217 e ss.; recentemente, A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 225; G. VITALE, *Responsabilità e rischi professionali del chirurgo*, in *Cass. Pen.*, 2000, pp. 1051 e ss.; A. CENTONZE, *L'accertamento della responsabilità penale nella professione medico-chirurgica*, in S. ALEO-E. LANZA-A. CENTONZE (a cura di), *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007, p. 278.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Limitando il discorso al settore sanitario, è considerazione perfino banale quella consistente nell'apprezzare come la stessa organizzazione ospedaliera, il modo stesso in cui il suo organigramma si presenta sul piano morfologico, mostra chiara traccia di una suddivisione dei reparti, delle divisioni, delle unità operative, basata sulle diverse specializzazioni in cui oggi si struttura l'arte medica. In breve, la divisione del lavoro in ragione delle competenze degli operatori che vi sono coinvolti costituisce l'attuale paradigma dell'erogazione della prestazione sanitaria. Il paziente si configura come utente di una struttura organizzata la quale predispone un apparato tale da erogare una prestazione sanitaria complessa sotto il profilo qualitativo (per la natura multidisciplinare degli apporti che riceve) e soggettivo (per la pluralità dei soggetti che, di norma, si avvicendano nella cura dello stesso caso clinico).

La parcellizzazione, la divisione del lavoro e la conseguente multidisciplinarietà del trattamento medico conducono alla c.d. «spersonalizzazione» della prestazione medico-sanitaria, assorbita dall'anonimato della struttura ospedaliera⁵. Il fatto che il trattamento sanitario si sostanzia in specifici apporti settoriali che si compongono in un più ampio atto medico complessivamente inteso, implica che – spesso – non sia possibile imputarlo a soggetti ben definiti, confondendosi tra loro i diversi apporti, anche a causa del loro reciproco legame finalistico⁶.

Questo mutamento di fisionomia che ha attraversato l'erogazione della prestazione sanitaria è ricondotto dalla pressoché unanime dottrina occupatasi del tema a due fattori operanti in modo sinergico.

Da un lato, il continuo progresso della scienza medica ha determinato, come naturale conseguenza, la produzione di un sapere non più dominabile e concretamente traducibile in prestazione sanitaria da un unico operatore, ma ha suscitato invece la necessità di allestire una classe medica organizzata in modo multidisciplinare, in modo che agli approfondimenti raggiunti sul piano scientifico

⁵ A. BERTOCCHI-C. ATTINÀ, *Le responsabilità della (e nella) équipe medica*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 2004, p. 185.

⁶ C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Torino, 1996, p. 127; A. NORELLI, *Sul divenire della responsabilità*, *op. cit.*, p. 782.

corrispondessero specifiche figure professionali in grado di applicare nella pratica quelle conquiste scientifiche. Il consequenziale fenomeno della proliferazione delle specializzazioni mediche si è riverberato sul profilo organizzativo, dal momento che le strutture complesse in cui le attività terapeutiche vengono prestate sono, appunto, organizzate per comparti omogenei sul piano disciplinare e specialistico⁷.

L'altro aspetto che ha determinato questa situazione di spersonalizzazione e parcellizzazione dell'attività medica è rappresentato dalla c.d. medicina sociale⁸. Il fatto che lo Stato abbia assunto fra i propri compiti fondamentali quello di garantire un Servizio Sanitario il più possibile accessibile ed efficiente, si è specificato nella predisposizione di apparati ospedalieri organizzati necessariamente secondo il principio della divisione del lavoro, a fronte del correlativo aumento della domanda sanitaria che si è creato⁹.

Ciò comporta complesse problematiche nel momento in cui si approcci il tema, così succintamente tratteggiato nei suoi aspetti fenomenologici, dalla prospettiva penalistica¹⁰. La difficoltà, in caso di esito infausto di un trattamento

⁷ A. CAMBIERI, *Organizzazione e funzionamento degli ospedali*, in G. GIUSTI (diretto da), *Trattato di Medicina Legale e di scienze affini*, I, Padova, 1998, p. 373; F. DE FERRARI, *Nuovi paradigmi per la responsabilità professionale degli operatori ospedalieri*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1995, p. 1120; M. BARNI, *La colpa medica nell'attuale realtà sanitaria*, in G. DELL'OSSO (a cura di), *Responsabilità e progresso medico*, Milano, 1984, p. 9.

⁸ A. ROLATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012, pp. 240 e ss.; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Vol. III, Tomo, II, Padova, 2009, p. 194; C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, op. cit., p. 127; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di) *Medicina e diritto penale*, pp. 213 e ss.

⁹ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, p. 217; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive*, op. cit., p. 226, il quale sottolinea che una forte accelerazione nel senso della frammentazione e multidisciplinarietà dell'intervento sanitario «è derivata in primo luogo dalla continua evoluzione scientifico-tecnologica della medicina (con la relativa proliferazione delle specializzazioni); in secondo luogo, dalla grande incentivazione del c.d. Servizio Sanitario Nazionale (con il conseguente aumento vertiginoso del numero dei pazienti e la necessità di una più razionale organizzazione delle strutture). Due fattori che stanno tra loro in rapporto di interazione, considerato che la crescente lievitazione della domanda di prestazioni sanitarie induce una maggiore crescita ed articolazione dell'offerta, con la conseguente ricerca di livelli tecnologici sempre più raffinati, che a loro volta, portano ad una ulteriore crescita della domanda stessa».

¹⁰ Sulla necessità di ragionare non più in termini di responsabilità “del medico”, ma in termini di responsabilità “medica” o, più propriamente, di responsabilità “sanitaria”, cfr. P. DELLA SALA, *La responsabilità professionale*, in M. BARNI-A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, p. 372: «La responsabilità del singolo, dunque, si pone sempre più come “picco” di responsabilità in un contesto più generale non secondario giuridicamente e, in via astratta, estensibile in modo determinato a seconda dei casi»; cfr., altresì, A. QUARANTA, *L'errore in corsia. La responsabilità del medico e della struttura*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1992, p. 537; C. ROMANO-M. ESPOSITO, *Medicina d'équipe e responsabilità medica*, in V. FINESCHI (a cura di), *La responsabilità medica in ambito civile. Attualità e prospettive*, Milano, 1989, p. 80.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

medico-chirurgico, di individuare i soggetti in concreto responsabili impone di interpretare l'intera materia in oggetto alla luce del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, *ex art. 27, comma 1 Cost*¹¹.

Questa necessità si impone per l'evidente rischio che, in assenza di criteri certi di distribuzione della responsabilità penale nelle strutture complesse ospedaliere, i reati colposi di cui si rendono potenziali autori gli esercenti di tale attività rischiosa autorizzata possano essere ascritti oggettivamente, o in considerazione della specifica posizione funzionale ricoperta dal medico-imputato all'interno del reparto o, comunque, a causa della mera violazione degli obblighi di diligenza ricollegati alla posizione di garanzia rivestita nei confronti del paziente¹².

Il tema della prestazione medica soggettivamente complessa e dei suoi rapporti con la struttura del reato colposo in generale si coglie inscrivendolo nell'ambito più generale del problema della qualificazione penalistica dei rischi derivanti dall'esercizio di attività pericolose ma giuridicamente autorizzate in ragione della loro utilità sociale¹³. L'attività medica si colloca precisamente in tale ambito. La sua utilità sociale è data dal fatto che attraverso il suo esercizio, il medico cura beni giuridici di primaria importanza (la vita, l'integrità fisica) che il paziente non potrebbe autonomamente tutelare: il medico dunque assume nei confronti del paziente, con la semplice instaurazione di una relazione terapeutica, un obbligo giuridico di impedire l'evento lesivo della salute del paziente, minacciata dal processo morboso in atto. Il medico – ma il tema sarà sviluppato oltre in modo più approfondito – assume, dunque, una posizione di garanzia di protezione, in quanto

¹¹ Vasta la dottrina sul punto. Cfr. P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, p. 31; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, p. 51; M. RONCO, *L'azione "personale". Contributo all'interpretazione dell'art. 27, primo comma, Cost.*, Torino, 1984; G. A. DE FRANCESCO, *Il principio di personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di riconoscibilità dell'illecito penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, p. 21; recentemente, sul punto, in particolare, l'innovativo studio di L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

¹² A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive*, *op. cit.*, p. 227: «il dato certo è che il nostro ordinamento, se da un lato prevede espressamente, nella sua fonte primaria, il principio di personalità della responsabilità penale, dall'altro non dispone di criteri espliciti per individuare le responsabilità penali (colpose nel caso nostro) nell'ambito delle organizzazioni complesse».

¹³ Per un inquadramento del tema nell'ambito della distinzione fra "colpa comune" e "colpa speciale", cfr. F. MANTOVANI, *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, pp. 1045 e ss.; ID., *Diritto penale*, Padova, 2011, pp. 350 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

volta a preservare il bene giuridico affidatogli (la salute del paziente) da ogni rischio (*in primis* quello patologico) che sia tale da lederlo¹⁴.

D'altro canto, l'esercizio dell'attività medica porta con sé degli ineliminabili fattori di rischio, intrinseci alla sua stessa essenza. L'atto medico incide sulla salute del paziente, influenzandone i processi fisiologici nel tentativo di arrestare il decorso morboso in atto. Le regole che lo disciplinano solo raramente poggiano su certezze scientifiche mentre più frequentemente derivano da osservazioni induttive di carattere probabilistico, dotate di un congenito carattere di incertezza circa l'esito a cui la loro applicazione può condurre. La scienza medica – meglio sarebbe, probabilmente, parlare di “arte medica” – vive in uno stato di continuo aggiornamento, nel tentativo di affinare ulteriormente le prassi operative diagnostico-terapeutiche in uso alla luce delle più recenti scoperte scientifiche. Da tutto ciò deriva che lo stesso rispetto delle c.d. *leges artis* che ne disciplinano lo svolgimento non elimina completamente il rischio che dal suo esercizio derivi un evento lesivo per la salute del paziente¹⁵.

Nondimeno, in ragione di un raffronto fra costi e benefici derivanti dall'esercizio o meno di tale attività, questa è autorizzata in ragione della notevolmente maggiore utilità che dal suo svolgimento è possibile trarre: la semplice prevedibilità – tenendo una determinata condotta curativa – del verificarsi (comunque) di un evento lesivo a danno del paziente non consente di concludere che tale attività debba essere completamente bandita. Si tratta di una attività rischiosa ma tale rischio può essere tollerato dall'ordinamento in ragione dei benefici che da questa derivano. E la condizione perché lo svolgimento dell'attività medica sia autorizzato è che il rischio che deriva necessariamente ed ineliminabilmente dal

¹⁴ Sulla posizione di garanzia del medico nei confronti del paziente, cfr. da ultimo, L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto, Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, pp. 833 e ss.

¹⁵ Cfr. P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 15, secondo cui «per regole cautelari “proprie” si intendono quelle basate sul giudizio di prevedibilità dell'evento e di sicura [...] evitabilità del medesimo mediante il comportamento lecito (alternativo a quello colposo tipico). Viceversa, si possono qualificare “improprie” le regole cautelari che, a fronte della prevedibilità dell'evento, impongono di adottare precauzioni che non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo (si che il comportamento lecito con un certo livello di probabilità – variabile a seconda dell'efficacia della regola – e in grado di prevenire l'evento, ma senza che sia possibile nutrire alcuna ragionevole certezza in merito)».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

suo esercizio sia ricondotto entro margini di rischio consentito¹⁶, e ciò attraverso il rispetto delle regole di diligenza che ne disciplinano lo svolgimento.

Accanto a questi rischi, connaturati alla stessa attività medica monosoggettiva, se ne aggiungono di ulteriori qualora questa venga esercitata in modo plurisoggettivo.

La divisione del lavoro costituisce senza dubbio un fattore di sicurezza, permettendo a ciascun cooperatore di conoscere anticipatamente l'ambito delle proprie mansioni e potendo concentrarsi unicamente su di esse in modo da disimpegnarle correttamente¹⁷. Tuttavia, l'esercizio di tale attività genera rischi autonomi ed ulteriori rispetto a quelli – come abbiamo brevemente accennato – già latenti in qualsiasi attività medica realizzata monosoggettivamente. Lo svolgimento di un'attività, una qualsiasi attività, in forma plurisoggettiva porta con sé problemi di coordinamento, rischi di difettosi passaggi di informazioni fra i vari operatori, difetti di controllo (ove ipotizzabili) sull'operato altrui, errori sulla stessa scelta dei collaboratori o degli affidatari di determinati aspetti del problema, mancata conoscenza o inesatta percezione dell'altrui contributo o, ancora, una mancanza di visione d'insieme del problema da affrontare: tutti fattori di rischio che possono compromettere il raggiungimento dell'unitario risultato finale. Tali considerazioni, trasferite in ambito medico-chirurgico¹⁸, mostrano quali potenzialità lesive accompagnino gli innegabili vantaggi propri della divisione del lavoro, e spingono

¹⁶ F. MANTOVANI, voce *Colpa*, in *Digesto pen.*, II, Torino, 1988, p. 310; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, p. 429; F. BRICOLA, *Aspetti problematici del cosiddetto rischio consentito*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Pavia, 1960-61, p. 89; M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 639; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Padova, 1993, pp. 185 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 250 e ss.; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, pp. 55 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006, pp. 511 e ss.

¹⁷ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, i delitti colposi*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Trattato di diritto penale, parte speciale, Vol. 3, tomo 2*, Padova, 2009, p. 204; G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Tem*, 1968, p. 217: «Solo la divisione del lavoro consente infatti al medico e al personale che collabora alla cura, di dedicarsi ai compiti specifici del trattamento curativo con la dovuta esclusività e concentrazione. Già un'operazione chirurgica di poco conto, se deve essere eseguita con un massimo di sicurezza e di diligenza, richiede la collaborazione di medici e infermieri; d'altra parte il successo di un gran numero di delicati interventi chirurgici dipende soprattutto, anzi in modo decisivo, dalla divisione dei compiti fra i vari sanitari che partecipano all'atto operatorio (basti pensare ai rapporti fra chirurgo e anestesista). La verità è che anche le normali esigenze della prassi quotidiana di un ospedale possono essere soddisfatte adeguatamente solo da un "team" di medici e ausiliari che si appoggiano e si sollevano vicendevolmente dal lavoro».

¹⁸ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, op. cit.*, p. 205.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

l'interprete ad interrogarsi su quali presidi giuridici possano essere predisposti allo scopo di eliminarli o, quantomeno, contenerli.

II. [Il percorso della presente indagine] Lo scopo della presente ricerca pertanto è quello di verificare, alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, se persista la validità delle soluzioni ermeneutiche prospettate da tempo in sede interpretativa con riferimento al tema del riparto delle responsabilità penali nell'ambito dell'attività medica soggettivamente complessa. Lo sforzo – proficuo – di dottrina e giurisprudenza ha condotto, infatti, ad un approdo in merito: l'utilizzo del c.d. principio dell'affidamento¹⁹.

Tale principio, nato e sviluppatosi con riferimento a contesti in cui gli obblighi di diligenza gravanti su diversi compartecipi siano divisi in senso orizzontale – nel senso che non è individuabile un soggetto dotato di poteri giuridici, nei confronti degli altri con cui si trovi a cooperare, che ne connotino la posizione come di sovraordinazione rispetto agli altri –, nell'ambito dell'attività medica esercitata in strutture complesse deve essere combinato con un altro principio tendenzialmente di segno opposto: quello della gerarchia.

Le strutture ospedaliere sono, infatti, caratterizzate dalla loro struttura funzionale piramidale, nel senso che il personale che ivi presta la propria attività professionale è ordinato – vedremo oltre i dettagli – secondo profili professionali ad ampiezza (operativa e di responsabilità) crescente, dal medico in posizione iniziale (oggi, dirigente all'atto della prima assunzione), fino a quello in posizione apicale (oggi, dirigente di struttura sanitaria complessa). A tali posizioni funzionali corrispondono obblighi di garanzia nei confronti dei pazienti ricoverati di diversa ampiezza e, dunque, obblighi cautelari dalla circonferenza applicativa crescente. In tali strutture il personale è vincolato, in modo scalare, da legami di tipo gerarchico –

¹⁹ F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, pp. 147 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., pp. 221 e ss. e 234 e ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997; ID., *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. Pen.*, 1999, pp. 1195 e ss.; ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, pp. 1051 e ss.; ID., *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1999, pp. 153 e ss.; F. MANTOVANI, voce *Colpa*, op. cit., pp. 311 e ss.; ID., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, pp. 539 e ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., pp. 485 e ss.;

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

sulla cui natura ed intensità ci soffermeremo – in maniera tale che i soggetti dotati di funzioni apicali sono dotati di poteri-doveri di organizzazione, indirizzo, direttiva, controllo e avocazione rispetto ai medici in posizione funzionale sovraordinata ed ai casi clinici loro affidati.

Il dilemma, prettamente giuridico, che si pone in questi contesti consiste nell'individuazione di criteri (il più possibile) univoci di ascrizione delle responsabilità colpose nei casi in cui l'atto medico sia il frutto di un lavoro plurisoggettivo eseguito secondo il paradigma della divisione del lavoro. Sulla base di una applicazione diretta del criterio della personalità della responsabilità penale, *ex art. 27, comma 1 Cost.* si dovrebbe affermare che ciascuno possa e debba rispondere unicamente dei fatti che, materialmente e psicologicamente, gli sono ascrivibili. In altre parole, ciascuno dovrebbe rispondere dell'inosservanza delle regole cautelari che connotano e perimetrano la posizione di garanzia che riveste rispetto al paziente, mentre non dovrebbe affatto rispondere di un fatto cagionato da inosservanze cautelari riconducibili all'agire di altri con cui si trovi, occasionalmente o meno, a collaborare. Quindi, in contesti di divisione del lavoro fra più soggetti, il principio dell'affidamento²⁰ – in base al quale ciascuno può e deve confidare sul fatto che coloro coi quali si trova a cooperare, in un contesto plurisoggettivo con obblighi divisi, si atterrano ai doveri di diligenza loro riferiti, con conseguente possibilità per chi si affida di concentrarsi solamente sulle mansioni affidate, senza necessità di controllare l'operato altrui – dovrebbe trovare la massima applicazione. Seguendo tale prospettiva, non essendo configurabili, almeno tendenzialmente, obblighi di controllo rispetto all'operato altrui, ciascuno si trova ad essere gravato unicamente da obblighi di diligenza ritagliati sul perimetro delle mansioni preventivamente affidate nel momento organizzativo della ripartizione del lavoro.

Trasportando il discorso in ambito medico, appare subito evidente come un simile modo di procedere mostri delle frizioni preoccupanti rispetto ai principi gerarchici che sono propri della struttura ospedaliera. È sufficiente una lettura anche

²⁰ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo, op. cit., passim.*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

superficiale delle norme di legge in materia²¹ – sulla cui analisi rinviemo al prosieguo della trattazione – per rendersi conto che gli obblighi di controllo, di vigilanza, di direttiva, di avocazione dei casi clinici previamente delegati ai subordinati che connotano la figura del medico in posizione apicale possono apparire perfino antitetici con una nozione del principio di affidamento intesa, come sopra, in senso – per così dire – “assoluto”.

Del resto, la previsione normativa di vincoli di sovraordinazione fra gli operatori medico-sanitari risponde ad una logica ben precisa: quella di garantire al massimo grado la salute del paziente che reclami una prestazione sanitaria. Un principio dell'affidamento inteso in senso assoluto, pare perfino disfunzionale rispetto a questo obiettivo. Se da un lato presenta l'innegabile vantaggio di permettere al singolo cooperatore di concentrarsi unicamente sul proprio lavoro e conseguentemente – non essendo obbligato a controllare l'operato altrui – di consentirgli di applicare al segmento terapeutico di sua competenza il massimo della diligenza esigibile nei suoi confronti; d'altro canto, l'attività medica plurisoggettiva, per poter realmente tendere al fine che le è proprio, cioè la salvaguardia della salute del paziente, deve poter basarsi sul coordinamento fra i vari apporti che compongono l'atto medico nella sua complessità, e su un controllo della loro correttezza man mano che vengano realizzati.

In tale prospettiva, atteso che la prestazione curativa non può sostanziarsi unicamente nella somma algebrica degli apporti professionali settoriali che la compongono, ma deve consistere in un “mosaico” terapeutico unitario e teleologicamente orientato verso il bene del paziente, il principio di affidamento inteso in senso assoluto si pone rispetto a tali obbiettivi in senso eterodosso, puntando più ad esigenze tecnico-giuridiche di carattere penalistico (l'individuazione del soggetto penalmente responsabile nel modo il più possibile conforme al canone

²¹ L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 838 e ss.; con particolare riferimento all'assetto normativo attualmente in vigore, cfr. A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *Ind. Pen.*, 2007, pp. 727 e ss.; G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. Pen.*, 2007, pp. 151 e ss.; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008, pp. 337 e ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011, pp. 113 e ss.; M. L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, Napoli, 2005, pp. 139 e ss.; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, Torino, 2003, pp. 6 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

costituzionale della responsabilità penale personale), ma lasciando sullo sfondo un bene altrettanto rilevante nella prospettiva costituzionale: la salute del paziente, protetta dall'art. 32 Cost.

Si impone, dunque, la ricerca di soluzioni interpretative che permettano di armonizzare diverse istanze potenzialmente confliggenti. Da un canto, la ricerca di un'equa distribuzione delle responsabilità penali nell'ambito di attività professionali plurisoggettive con previa suddivisione delle competenze lavorative, caratterizzate, come abbiamo accennato, dalla loro "parcellizzazione" e "spersonalizzazione", ostate ad un'agevole individuazione del soggetto in concreto penalmente responsabile. Dall'altro, la ricerca di soluzioni ermeneutiche che non sacrificino, in nome della coerenza alle direttive costituzionali sull'individuazione della responsabilità penale, modelli organizzativi capaci di porre al centro la tutela del paziente senza al contempo gravare eccessivamente di obblighi cautelari i medici coinvolti nel trattamento curativo.

Il presente lavoro, quindi, si dipanerà lungo questo sentiero.

Anzitutto si darà conto dei tentativi dottrinari volti ad individuare un equo criterio di distribuzione delle responsabilità penali nelle attività plurisoggettive organizzate sulla base del paradigma della divisione del lavoro, con particolare riferimento al principio di affidamento, del quale si descriverà la funzione, la genesi ed il fondamento dogmatico.

Inoltre, sarà analizzato l'impatto del predetto principio rispetto alla strutturazione gerarchica dell'organizzazione ospedaliera, verificando in che misura, nei rapporti fra medici configurati in tal modo, vi sia spazio per l'applicazione di tale principio o se, al contrario debba ritenersi esistente un penetrante obbligo di controllo del medico in posizione apicale rispetto all'operato dei medici funzionalmente sottordinati.

Il tema sarà inoltre declinato con riferimento all'*équipe* medica in senso stretto, cioè quella particolare forma di cooperazione fra sanitari che si realizza quando una pluralità di medici, generalmente di differente specializzazione, si dedica contemporaneamente ad un caso clinico. Questa forma organizzativa viene anche definita "*équipe* sincronica", in tal modo sottolineando la contestualità spazio-

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

temporale in cui si svolge tale cooperazione multidisciplinare. In relazione a tale forma di svolgimento della prestazione medica, il principio di affidamento ha trovato la sua massima applicazione, dato che – come vedremo – almeno tendenzialmente ciascun compartecipe non è tenuto a controllare l’operato dei sanitari con cui collabora che siano specialisti in differenti branche dell’arte medica. Il problema, in tal caso, consisterà nel verificare se effettivamente fra i vari cooperatori non sussista alcun obbligo di controllo reciproco, potendo trovare applicazione in senso assoluto l’affidamento sul corretto operare di tutti coloro con cui ci si trovi a collaborare; oppure se, al contrario, possa individuarsi un residuale e secondario obbligo di controllo e, in caso di risposta affermativa, quali conseguenze ne debbano derivare sotto il profilo del *quantum* di diligenza esigibile nei confronti di ciascuno degli agenti. Tale forma di cooperazione sincronica, che abbiamo detto essere tendenzialmente improntata alla multidisciplinarietà e, dunque, alla divisione del lavoro in senso orizzontale fra i vari compartecipi, presenta tuttavia dei tratti di gerarchizzazione, in relazione alla figura del capo-*équipe*. Riguardo a tale figura si pongono diversi interrogativi, *in primis* con riferimento all’esistenza di un fondamento normativo dei poteri di controllo e vigilanza sull’operato altrui che la giurisprudenza gli attribuisce; inoltre, ci si chiede – risolto positivamente il problema appena menzionato – quale sia la profondità di tali poteri; cioè, in altri termini, se vi siano dei margini di applicazione del principio dell’affidamento nei suoi confronti, in funzione limitativa della propria responsabilità in caso di fatto derivante dall’altrui condotta colposa, oppure se, al contrario, la sua figura rappresenti un vero e proprio limite all’applicazione di tale principio.

Infine, si dovranno analizzare i rapporti di cooperazione fra sanitari che si sviluppano in modo diacronico, cioè quei casi in cui l’atto medico unitariamente e complessivamente considerato si dipana in fasi (autonome, seppure teleologicamente orientate verso il risultato curativo finale) cronologicamente successive, in momenti temporalmente differenti. In questi contesti, il tema della rilevanza del principio dell’affidamento si lega problematicamente con quello della successione nella posizione di garanzia. La giurisprudenza pare costante nel fissare il principio della c.d. “continuità delle posizioni di garanzia”, in base al quale chi, con

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

la propria condotta colposa, ponga in essere un antecedente causale rispetto all'evento in concreto verificatosi, non può invocare il principio di affidamento – in funzione ablatoria della propria responsabilità penale in relazione all'evento stesso – rispetto alla condotta di chi gli succeda nella stessa posizione di garanzia, confidando che questi, con la sua condotta conforme a diligenza, elimini il fattore di rischio in precedenza colposamente innescato; con la conseguenza che, se l'evento che costituisce concretizzazione del rischio che la condotta inosservante del “primo” garante si realizza, l'inosservanza cautelare del “secondo” garante che non ha evitato l'evento ma anzi lo ha concausato non costituisce causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento tale, ai sensi del capoverso dell'art. 41 c.p., da interrompere il nesso causale fra la prima inosservanza e l'evento stesso.

In tale ordine di ipotesi, come è possibile evincere da queste prime preliminari battute, il principio di affidamento, normalmente attinente all'ambito dogmatico della colpa, si salda col tema della successione nella posizione di garanzia, collocabile invece sul piano della causalità omissiva e, dunque, nel tema più ampio del reato omissivo improprio. In tale contesto, si verificherà la correttezza di tale orientamento giurisprudenziale ormai costante.

In definitiva, la domanda a cui tale lavoro cercherà di dare risposta si può riassumere in questo modo: nell'ambito della cooperazione plurisoggettiva in ambito medico, a quali condizioni colui che ha disimpegnato correttamente le proprie mansioni rispettando le *leges artis* imposte nei suoi confronti può rispondere del fatto materialmente causato da altro compartecipe alla medesima attività curativa?

Cap. 2. – Criteri di distribuzione della responsabilità penale nelle attività plurisoggettive improntate alla divisione del lavoro: il principio di affidamento.

§ I. – Attività medica plurisoggettiva fra affidamento e cooperazione colposa: le questioni in gioco; § II. – Criteri di distribuzione della responsabilità in attività interattive nella dottrina più risalente; § II. 1. – La responsabilità «di gruppo»; § II. 2. – Il c.d. principio del «non-affidamento»; § III. – Il principio di affidamento; § III. 1. – Brevi cenni sull'evoluzione della colpa in senso normativo; § III. 2. – Il problema dell'estensione dei doveri cautelari nelle attività plurisoggettive; § III. 3. – Genesi del principio di affidamento; § III. 4. – Fondamento teorico-dogmatico del principio di affidamento; § III. 4. 1. – Principio di affidamento come applicazione della teoria del rischio consentito; § III. 4. 2. – Il principio di autoresponsabilità; § III. 4. 3. – Attuale concezione sul fondamento teorico-dogmatico del principio di affidamento; § III. 4. 4. – Fondamento teorico-dogmatico del principio di affidamento: conclusioni; § III. 5. – Fondamento normativo del principio di affidamento; § III. 6. – «Doveri comuni» e «doveri divisi».

I. [Attività medica plurisoggettiva fra affidamento e cooperazione colposa: le questioni in gioco] La dottrina ha da tempo denunciato il fatto che la giurisprudenza, nell'affrontare i problemi legati alla elaborazione di un criterio che permettesse di individuare il soggetto penalmente responsabile nell'ambito di attività mediche plurisoggettive organizzate secondo il paradigma della previa divisione del lavoro, abbia adottato un approccio casistico ed empirico – come certamente è connaturato alle sue prerogative – trascurando, per lungo tempo, di sforzarsi di individuare dei principi di carattere generale che potessero guidare verso la ricerca di soluzioni il più possibile omogenee²².

Il motivo per cui le soluzioni casistiche appaiono così refrattarie a catalogazioni entro principi di carattere generale – salvo i recenti segnali in senso

²² G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, in *Giur. merito*, 1997, p. 226: «Quanto alla giurisprudenza, formatasi prevalentemente con riferimento ai rapporti tra capo-équipe e collaboratori, si rileva che le soluzioni date dai giudici appaiono piuttosto empiriche e legate al caso concreto, e non sembrano delineare un sicuro parametro teorico a carattere generale, ispirate come sono a criteri diversi ed anzi talora contrapposti». Cfr. altresì, ID, *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993, p. 79; C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale*, op. cit., p. 139; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, op. cit., p. 243; G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, op. cit., pp. 218 e ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., p. 489; L. GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 753; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

contrario, di cui daremo conto oltre – sembra poter essere legato ad un dato normativo non sempre chiaro ed univoco nel delimitare le reciproche sfere di attribuzione dei medici, e del personale sanitario in generale²³. Questo dato, coniugato all'entità dei beni giuridici coinvolti dall'esercizio dell'arte medica, ha spinto la giurisprudenza a dilatare oltremodo i doveri cautelari gravanti su ciascun medico fino a ricomprendervi, non solo il pieno e diligente rispetto delle *leges artis* che disciplinano il singolo segmento dell'attività medica a ciascuno specificamente assegnato, ma anche un dovere di controllo reciproco, allo scopo di eliminare o ridurre rischi diversi ed ulteriori che sorgono proprio per effetto dello svolgimento plurisoggettivo dell'attività medica²⁴.

Il problema centrale in ogni forma di cooperazione professionale plurisoggettiva – e l'attività medica in *équipe* è, in tal senso, paradigmatica – è quello dell'individuazione dei limiti a quei doveri cautelari imposti a ciascun partecipe per ottenere una corretta interazione reciproca. Il tema, dunque, involge fondamentalmente tre aspetti: a) la possibilità di configurare regole cautelari aventi come contenuto il controllo e l'eventuale emenda della condotta colposa altrui²⁵; b) il ruolo del principio di affidamento come limite alla tipicità colposa relativamente a ciascuno dei cooperatori²⁶; c) la soglia di rilevanza, in simili contesti, della cooperazione colposa, *ex art.* 113 c.p.²⁷.

²³ A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *Ind. Pen.*, 2007, p. 732, il quale parla di «ambiguità legislativa» che «lascia all'interprete margini di discrezionalità tanto ampi da sfociare nel vero e proprio "arbitrio ermeneutico"»

²⁴ Nella dottrina più recente, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, p. 257; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, *op. cit.*, pp. 45 e ss.

²⁵ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *op. cit.*, pp. 518 e ss.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pp. 106 e ss.; ID., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, pp. 454 e ss.; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980, p. 88.

²⁶ E. BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in «équipe»*, in *Foro it.*, 1983, II, c. 167 e ss.; ID., *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, pp. 265 e ss.; Recentemente, L. GIZZI, *La responsabilità medica in équipe*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, *op. cit.*, pp. 31 e ss.; M. C. BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Ind. Pen.*, 2009, pp. 195 e ss.; A. MASSARO, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. Pen.*, 2011, pp. 3857 e ss.;

²⁷ In materia di cooperazione colposa, cfr. G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980, pp. 63 e ss.; L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, pp. 132 e ss.; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001, pp. 115 e ss.; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, *op. cit.*, p. 179; ID., *La cooperazione colposa*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 515 e ss.; P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999; F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 67; G. ALICE, *Il concorso colposo in fatti*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Gli aspetti menzionati sono, evidentemente, strettamente interconnessi. La domanda proposta in calce al precedente capitolo introduttivo al presente lavoro, alla luce dei temi qui sollevati, può essere meglio precisata in questo modo: nelle attività plurisoggettive, ciascuno deve unicamente limitarsi a rispettare le regole cautelari che disciplinano la propria attività, disinteressandosi del corretto assolvimento dei propri compiti da parte degli altri soggetti con cui si trovi a cooperare, oppure sono configurabili in capo a ciascuno degli obblighi cautelari ulteriori, volti a contenere il rischio specifico ed ulteriore che deriva dal fatto stesso di svolgere plurisoggettivamente una certa attività? Ulteriore risvolto penalistico dell'interrogativo proposto concerne essenzialmente l'ambito di rilevanza dell'istituto della cooperazione colposa nei reati causalmente orientati, i quali evidentemente vengono in rilievo nel settore della responsabilità medico-chirurgica: a quali condizioni si deve rispondere concorsualmente dell'esito infausto di un intervento chirurgico?

II. [Criteri di distribuzione della responsabilità in attività interattive nella dottrina più risalente] Prima di analizzare il tema centrale del rapporto fra il principio di affidamento, come limite alla tipicità del reato colposo, e la configurabilità di obblighi cautelari rivolti alla condotta altrui, e la eventuale rilevanza di questi *ex art.* 113 c.p., ci soffermeremo brevemente sulle soluzioni che la dottrina più risalente ha proposto per risolvere il problema della ascrizione della responsabilità penale nei contesti plurisoggettivi; per poi analizzare, più diffusamente, il principio di affidamento.

Il successivo passo sarà invece quello di analizzare come la prassi abbia posto in relazione l'approdo cui la dottrina è giunta – il principio dell'affidamento – con l'organizzazione ospedaliera e le sue ripartizioni di competenza verticali (cioè fra soggetti legati da vincoli gerarchici) oppure orizzontali (fra soggetti non legati in alcun modo sul piano funzionale ma chiamati a cooperare sul medesimo caso clinico

contravvenzionali, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p. 1027; A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 609; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988; A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 477; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952, p. 74.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

in ragione della diversa specializzazione nell'arte medica di cui sono portatori). Il che ci permetterà di evidenziare l'effettiva "tenuta" del principio di affidamento come strumento di limitazione della tipicità colposa in contesti plurisoggettivi e, di conseguenza, quale debba essere l'ambito effettivo di rilevanza della cooperazione colposa.

I tentativi della dottrina di ricondurre a sistema la magmatica materia della cooperazione medica possono ricondursi a tre elaborazioni²⁸. Delle prime due daremo conto sinteticamente, non avendo esse trovato il conforto di applicazioni giurisprudenziali significative; mentre la terza soluzione offerta dall'elaborazione interpretativa – il principio dell'affidamento – necessiterà senz'altro di un maggiore approfondimento.

II. 1. [La responsabilità «di gruppo»]. Se vista in un'ottica prettamente penalistica, questa ricostruzione sembra poggiare su una constatazione di impermeabilità della materia della cooperazione medica rispetto ad ogni tentativo di perimetrare, al suo interno, gli esatti contorni delle sfere di responsabilità dei singoli operatori. Dunque, allo scopo di non determinare un arretramento dell'ordinamento a fronte di esigenze di punibilità avvertite nel contesto sociale, si è concepita una responsabilità «di gruppo», nel senso che l'esito infausto derivante dal trattamento medico-chirurgico non conforme a *leges artis*, nella constatata impossibilità o estrema difficoltà di individuare un soggetto, fra i vari operatori, a cui questo possa essere ascritto a titolo di colpa, dovrebbe essere ascritto all'intero gruppo di sanitari che ha in concreto agito.

Questa tesi sconta la sua matrice prettamente civilistica, evidente nel dichiarato scopo di chi la ha proposta²⁹ di evitare che le difficoltà di accertamento relative all'individuazione del soggetto responsabile della inosservanza cautelare che

²⁸ Cfr. A. ROIATI, *Medicina difensiva*, *op. cit.*, pp. 243 e ss.; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, Torino, 2003, pp. 147 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, in *Criminalia*, 2009, pp. 591 e ss.; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, *op. cit.*, pp. 328 e ss.; M. BILANCETTI-F. BILANCETTI, *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2013, pp. 880 e ss.

²⁹ G. CATTANEO, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in F. D. BUSNELLI (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 72.

ha condotto all'evento di danno possano ridondare a nocumento della parte danneggiata che agisca per ottenere un ristoro risarcitorio. Precisamente, tale teorica si fonda sul principio «*res ipsa loquitur*»³⁰, fondato sul fatto che la stessa verifica del danno implica presuntivamente, salvo prova contraria gravante sul danneggiante – in una prospettiva contrattualistica del rapporto medico-paziente o struttura-paziente –, l'esistenza, a monte, di un'inosservanza cautelare, di una trasgressione delle *leges artis* che disciplinano lo svolgimento dell'attività medica. Tale locuzione indica infatti l'esistenza di un fatto che, sulla base di una regola causale fondata sull'*id quod plerumque accidit*, dimostra l'avvenuta negligenza, o comunque indica l'esistenza di un evento lesivo che, per le caratteristiche che presenta, normalmente non si verifica senza la negligenza di qualcuno³¹. Ciò permetterebbe, in una prospettiva civilistica risarcitoria, di addebitare il fatto colposo verificatosi – quindi il danno che ne è derivato – alla struttura sanitaria in cui sono incardinati i medici che hanno realizzato l'attività terapeutica conclusasi con esito dannoso per il paziente danneggiato; e ciò, «anche se non si conosce l'identità del colpevole»³², cioè l'identità di colui che abbia effettivamente causato l'evento con la sua condotta colposa.

A fronte dei vantaggi probatori che tale ricostruzione offre sul piano civilistico, permettendo al danneggiato di avere comunque un referente sotto il profilo della domanda risarcitoria, tale ricostruzione mostra tutti i suoi limiti nel momento in cui venga calata in una prospettiva penalistica. Limiti che possono compendiarsi nel frontale contrasto col principio di personalità della responsabilità penale scolpito a chiare lettere nel primo comma dell'art. 27 Cost. Ipotizzare una responsabilità di gruppo, della struttura in cui l'intervento medico è avvenuto o dell'*équipe* operatoria che se ne è occupata equivale ad introdurre nel nostro ordinamento forme di responsabilità per fatto altrui – e quindi di responsabilità oggettiva – nella misura in cui il soggetto osservante le misure cautelari che

³⁰ V. FINESCHI, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, op. cit., pp. 419 e ss.

³¹ L. MACCHIARELLI-T. FEOLA, *Medicina legale*, Torino, 1995, p. 1288; V. FINESCHI, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, op. cit., 428.

³² G. CATTANEO, *La responsabilità medica nel diritto italiano*, op. cit., pp. 72 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

caratterizzano il suo ruolo nell'ambito del *team* operatorio sia chiamato a rispondere per un fatto colposo riconducibile alla sfera di responsabilità altrui³³.

Del resto, l'intenzione di chi ne ha propugnato l'adozione non pare essere stata quella di enucleare un principio di valenza tendenzialmente generale³⁴, avendo chiaramente limitato il raggio di applicazione della teorica richiamata al solo settore civilistico.

Dunque, conclusivamente, non pare che tale ricostruzione ermeneutica possa essere utilizzata ai nostri fini, per individuare un criterio di distribuzione della responsabilità penale nelle attività mediche plurisoggettive³⁵.

II. 2. [Il c.d. principio del «non-affidamento»]. La dottrina che per prima si soffermò, in Italia, sul tema della responsabilità medica *nei lavori in équipe* è rappresentata da Alberto Crespi. Egli ha sostenuto un'interpretazione dei rapporti tra il medico ed i suoi collaboratori alla luce di quella che è stata successivamente definita come una «sistematica sfiducia nell'abilità e nella capacità³⁶» di questi.

Il Crespi, premesso che l'attività medica sempre più frequentemente vede la cooperazione, accanto al medico, di personale ausiliario sia medico che paramedico, e non sempre con compiti di mera assistenza all'operato del primo³⁷ si domanda, infine: «può [...] il medico essere tenuto penalmente responsabile anche delle

³³ G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, *op. cit.*, p. 227, evidenzia come tale tesi, in ambito penalistico, comporti anche l'ulteriore rischio di deresponsabilizzare i medici che cooperano al medesimo caso clinico nella misura in cui non vengano chiamati a rispondere personalmente delle proprie colpe.

³⁴ C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, *op. cit.*, p. 139; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 205

³⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 9 aprile 2009, n. 19755, Filizzolo e altri, in C.E.D. Cass., n. 243511: «Il riconoscimento della responsabilità per l'errore altrui non è [...] illimitato e [...] richiede la verifica del ruolo svolto da ciascun medico dell'équipe, essendo aberrante ritenere sul piano giuridico una responsabilità penale di gruppo».

³⁶ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, p. 219; A. FIORI, *Medicina legale e della responsabilità medica*, Milano, 1999, p. 524; C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, *op. cit.*, p. 140.

³⁷ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, pp. 154 e ss.: «nella fase di esecuzione del trattamento medico-chirurgico può [...] sorgere responsabilità per l'errore di terze persone nella materiale esecuzione del trattamento stesso, quale è stato prescritto dal medico [...]. Ha infatti non piccola parte il concorso di terze persone, cui sono per lo più affidati compiti di carattere ausiliario [...] quando non anche incarichi di primaria importanza, come si verifica allorché le difficoltà della diagnosi, ad esempio, consigliano il medico di avvalersi dell'aiuto di personale esperto nell'uso di determinati strumenti diagnostici».

omissioni o degli errori del personale assistente o degli altri medici chiamati a consulto, o addirittura dello stesso malato?»³⁸.

L'Autore, ritenendo doveroso, in tali casi, limitare la responsabilità – potenzialmente molto vasta – del medico, propone un principio-guida: «quanto più urgente ed improrogabile è la necessità di una determinata misura diagnostica o terapeutica e quanto più rischiosa la sua esecuzione sul piano clinico o su quello chirurgico, tanto più ampio è il dovere di controllo del medico responsabile della cura e l'obbligo di provvedere personalmente all'esecuzione di detta misura»³⁹.

L'Autore sembra declinare il problema della ricerca di un criterio-guida nel riparto delle responsabilità in attività medica di gruppo avendo di mira essenzialmente la realtà gerarchizzata del reparto, caratterizzato dalla presenza di rapporti di sovraordinazione fra Primario, da una parte, e Aiuti, Assistenti e personale paramedico ausiliario dall'altra; inoltre l'ampiezza del controllo che il medico in posizione apicale deve esercitare sui suoi sottoposti assume una dimensione che potremmo definire dinamica, in rapporto alla duplice variabile costituita dalla «urgenza» e dalla «necessità» dell'intervento medico.

In tali condizioni, il problema se «dell'evento dannoso» cagionato da assistenti – in situazioni che, beninteso, possano rientrare nella sfera di controllo del medico in questione, come quelle che si verificano in un reparto ospedaliero – «debba poi il medico rispondere a titolo di colpa [...], dovrebbe trovare soluzione affermativa, ben difficilmente in simili ipotesi il medico potendo trovare valide giustificazioni per fare ragionevole affidamento sui propri aiuti e assistenti; a meno che, in concreto, quel medico in quel determinato caso avesse avuto ragionevoli motivi per fare affidamento su quell'assistente o personale sanitario: accertamento che non potrà non essere necessariamente rimesso al prudente apprezzamento del magistrato»⁴⁰.

Quindi l'Autore, in definitiva, nega in linea di principio la possibilità di una applicazione, in contesti plurisoggettivi, del principio di affidamento sul corretto operato dei propri collaboratori allo scopo di consentire al medico di elidere la

³⁸ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., p. 155.

³⁹ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., p. 155.

⁴⁰ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., p. 156.

propria responsabilità penale in caso di esito infausto dell'intervento. È possibile fare affidamento, invece, solo quando emergano in concreto positivi indici fattuali – anche fondati su una serie di positive pregresse esperienze lavorative in cooperazione⁴¹ – sui quali fondare un giudizio prognostico di positivo espletamento dei propri compiti da parte del personale collaboratore⁴².

L'Autore non ha mancato di evidenziare come, in definitiva, il confine fra affidamento e non affidamento e dunque fra liceità o illiceità del comportamento del medico, riposi su una valutazione puramente discrezionale del giudice.

Il Crespi sembra dare grande rilevanza all'elemento gerarchico fra sanitari che cooperino, tanto da mitigare in larga misura il principio del “non-affidamento” in situazioni in cui non vi sia gerarchia fra i sanitari che collaborano alla cura del paziente. È il caso del rapporto fra medico e specialista, per cui l'Autore si domanda «quando può dirsi colpevole per imprudenza o negligenza il fidarsi che altri (ossia, nella specie, lo specialista) farà il proprio dovere spiegando tutta la diligenza, la prudenza e la perizia necessarie?»⁴³. E tale quesito è risolto in questo modo: «la fiducia verso una determinata persona non può venir reputata antidoverosa fino a tanto che la normale esperienza od altre particolari ragioni non debbano indurre a negarla⁴⁴». In sostanza, nel rapporto fra specialisti, l'Autore ribalta i termini della questione, supponendo l'operatività del principio di affidamento finché non emergano concreti indizi tali da infirmare l'aspettativa, altrimenti tutelata, circa il corretto espletamento da parte dei cooperatori del loro specifico compito.

Tirando le fila del ragionamento seguito dal Crespi possiamo notare che il “non-affidamento” informa, di regola, la dialettica fra medici in rapporto gerarchico reciproco, salvo il caso in cui positive circostanze concrete prevalgano sulla “sfiducia” e permettano di riporre un ragionevole affidamento sulle doti del collaboratore e sull'esito del proprio contributo.

Diversamente, nei rapporti non gerarchizzati fra medico e specialista, la prospettiva deve essere ribaltata, tanto da considerare la fiducia nei confronti dello

⁴¹ A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, op. cit., p. 245.

⁴² A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., p. 160: «non basta una fiducia generica per allontanare qualsiasi responsabilità penale a carico del medico».

⁴³ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., p. 159.

⁴⁴ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., p. 159.

specialista come lecita *a priori*, a meno che non sussistano particolari «elementi per la positiva riconoscibilità di una situazione di pericolo a seconda della scelta dello specialista»⁴⁵. A meno che, cioè «il medico curante avesse avuto [...] la possibilità di prevedere (e prevenire) la condotta negligente che avrebbe tenuto il medico specialista nella cura del paziente»⁴⁶.

L'Autore aggiunge, comunque, che «non basta quindi una generica fiducia per allontanare qualsiasi responsabilità penale a carico del medico, ma la prova di una fiducia specifica, ampiamente collaudata da una lunga serie di esperienze sempre felicemente conclusesi e tali, quindi, da esonerarlo da ulteriori particolari controlli»⁴⁷.

Leggendo queste pagine, si potrebbe pensare che l'Autore non tenesse in considerazione il delicato ruolo del medico, il quale, oltre a svolgere diligentemente i propri compiti, dovrebbe costantemente verificare, con la medesima diligenza richiestagli per lo svolgimento delle sue stesse mansioni, che i suoi collaboratori non realizzino condotte inosservanti delle regole cautelari.

In verità, ad un'attenta lettura, traspare la consapevolezza della necessità di non esasperare oltremisura i doveri del medico⁴⁸.

Possiamo quindi affermare che, in astratto, il c.d. «principio del non affidamento» appaia lontano dalle attuali concezioni in tema di ripartizione dei doveri e delle responsabilità nell'ambito di una *équipe* chirurgica⁴⁹, ma che le

⁴⁵ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., pag. 159.

⁴⁶ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., pag. 159.

⁴⁷ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., pag. 159.

⁴⁸ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., pag. 156. L'Autore afferma infatti, a proposito della specifica ipotesi della necessità di misurare in determinate ore del giorno dello stato febbrile dei ricoverati, che «non si può esigere in ogni caso che il medico proceda al personale controllo di quelle misurazioni, ciò essendo compito precisamente di colui che presiede alla vigilanza del personale. Se, pertanto, è stata misurata la temperatura di un paziente in modo erroneo e, in seguito a siffatto errore, è stata tralasciata la somministrazione di un medicamento previsto in caso di rialzo termico – con il conseguente peggioramento dello stato di salute del paziente – ben può dire essere stato violato anche qui l'obbligo di impedire l'evento dannoso: sempre che, però, attese le circostanze concrete, il medico avesse dovuto mostrarsi più cauto nell'affidare ad altri il controllo della temperatura. Diversamente, le ulteriori omissioni conseguenti all'erroneo controllo della misurazione non potrebbero essere poste a carico del sanitario».

⁴⁹ G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, op. cit., 227: «L'illustre autore, affrontando il quesito cruciale sulla responsabilità del capo-*équipe* per l'eventuale errore commesso da uno dei collaboratori, sostenne il principio generale del dovere di controllo da parte del primo sull'attività dei propri aiuti ed assistenti o del personale sanitario, principio che ammetterebbe deroga solo in quei particolari casi in cui il responsabile del gruppo avesse avuto ragionevoli motivi per fare affidamento sull'attività del collaboratore autore dell'errore. Si formulava, in sostanza, da tale dottrina il principio del «non affidamento», da valere come criterio, per lo meno ordinario, di valutazione». D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

applicazioni concrete elaborate del Crespi non conducano effettivamente a risultanti completamente antitetici rispetto a quelli raggiungibili attraverso il diverso «principio dell'affidamento».

Anticipando sinteticamente quanto risulterà più chiaro successivamente, quando analizzeremo la disciplina positiva applicabile al reparto ospedaliero, è possibile constatare che il c.d. «principio del non-affidamento», se limitato alle ipotesi in cui sussista un obbligo cautelare specifico in capo ad un determinato membro del *team* operatorio (il c.d. *capo-équipe* o il Primario, se ci spostiamo nell'ottica del lavoro medico “in corsia”), richiami in buona sostanza la necessità di chi è incardinato in posizioni apicali di esercitare un controllo sull'operato di coloro che stanno rispetto a lui in posizione sottordinata: obbligo che vedremo essere ben presente nelle disposizioni legislative che disciplinano i profili funzionali dei medici appartenenti ad ogni reparto, inteso in senso generale.

Relativamente ai rapporti non gerarchizzati, invece, si può cogliere la portata per certi versi anticipatrice dell'impostazione del Crespi, laddove pone come principio generale che disciplina i rapporti fra medici di differente specializzazione quello dell'affidamento, indicando subito come limite alla sua applicazione l'esistenza di circostanze concrete che lascino intravedere il rischio che la persona su cui si ripone affidamento verosimilmente non si atterrà agli obblighi cautelari su di lui gravanti. Impostazione, questa, che vedremo essere propria dei successivi sviluppi in tema di principio di affidamento⁵⁰.

trattamento medico-sanitario, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, p. 984: «Tale impostazione apparirebbe oggi oltremodo insoddisfacente perché non solo renderebbe impossibile a ciascun medico concentrarsi integralmente sullo specifico settore o sulla speciale fase o segmento di attività a lui demandato, dato che, in un'ottica di medicina difensiva, dovrebbe costantemente controllare anche l'operato altrui; risulterebbe inoltre contraria alle esigenze di una piena realizzazione del principio di responsabilità penale per il fatto proprio anche nel settore della colpa medica».

⁵⁰ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. Pen.*, 1986, pp. 288 e ss, il quale, analizzando l'opera del Crespi, evidenzia che «l'Autore, pur sembrando *prima facie* orientato nel senso di una svalutazione del principio di affidamento, mostra invece, ad una più attenta lettura, di giungere – attraverso una serie di temperamenti posti in concreto all'operatività del principio del «non affidamento» in precedenza formulato – a conclusioni sostanzialmente in armonia con quelli che sono i risultati che, sul piano dei «limiti» alla responsabilità dei singoli che operano nell'ambito di un medesimo gruppo lavorativo, conseguono all'applicazione del principio dell'affidamento».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. [Il principio dell'affidamento]. L'insoddisfazione nei confronti delle soluzioni precedentemente analizzate, in tema di riparto della responsabilità penale in contesti plurisoggettivi, è dovuta all'operare contestuale di una serie di fattori.

Senza voler riproporre argomenti già menzionati in premessa alla presente ricerca, sia consentito ribadire il ruolo fondamentale, nell'elaborazione delle soluzioni dogmatiche proposte da dottrina e prassi, dell'evoluzione tecnologica della medicina e del conseguente avvio della c.d. medicina sociale con l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale.

La spersonalizzazione dell'atto medico⁵¹, sempre più simile ad un procedimento plurifasico che ad un singolo e specifico apporto curativo; la crescita esponenziale della domanda di erogazione di servizi sanitari; le riforme legislative che hanno coinvolto il Sistema Sanitario Nazionale, smussando la struttura piramidale e verticistica in favore di un modello improntato alla distribuzione delle competenze e delle responsabilità più attento alla efficienza – intesa come corretta gestione del sistema in rapporto all'entità delle risorse disponibili – oltre che alla qualità della prestazione erogata⁵²: sono tutti fattori che hanno spinto la dottrina penalistica ad interrogarsi sulla perdurante validità delle categorie dogmatiche applicate fino a quel momento al fenomeno della responsabilità professionale⁵³.

III. 1. [Brevi cenni sull'evoluzione della colpa in senso normativo] La difficoltà di rispondere alla domanda su come si identifichi e quali limiti abbia il dovere di diligenza, prudenza e perizia che grava su ciascun medico che partecipi ad una prestazione sanitaria svolta plurisoggettivamente dipende anzitutto dalla

⁵¹ V. FINESCHI, *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, *op. cit.*, p. 422.

⁵² Sull'evoluzione del sistema sanitario in Italia, cfr. S. MALANINNO-G. NERI, *Legislazione sanitaria e obblighi legali del medico*, in G. GIUSTI (diretto da), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, I, Padova, 2009, pp. 1 e ss.

⁵³ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, 217. Recentemente, A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 225 e ss.: il quale, sottolineata la diffusione anche al di fuori del settore sanitario dell'approccio plurisoggettivo, evidenzia come «[...] il riconoscimento della “frammentazione” e “multidisciplinarietà” dell'intervento sanitario [non] sia un fatto recente [e] una forte accelerazione in tal senso, negli ultimi anni, è derivata in primo luogo dalla continua evoluzione scientifico tecnologica della medicina (con la relativa proliferazione delle specializzazioni); in secondo luogo, dalla grande incentivazione del c.d. Servizio Sanitario Nazionale (con il conseguente vertiginoso aumento del numero dei pazienti e la necessità di una più razionale organizzazione delle strutture)».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

constatazione dell'insufficienza, in simili contesti, dei tradizionali parametri della prevedibilità ed evitabilità dell'evento⁵⁴.

È un dato di comune constatazione che in ambito medico si sia potuta apprezzare in modo particolarmente netto l'evoluzione della categoria dogmatica della colpa da una sua primigenia concezione puramente psicologica alla attuale configurazione normativa⁵⁵.

Esula dalle finalità del presente lavoro una completa ricostruzione diacronica dell'istituto della colpa⁵⁶; tuttavia, alcune sintetiche note possono essere utili alla prosecuzione del discorso sul passaggio dal «non affidamento» all'«affidamento».

Come è noto, storicamente la colpa è stata elaborata in senso psicologico ed avendo come punto di riferimento fattispecie di carattere monosoggettivo. Ingaggiando quella che è stata definita come una autentica «caccia al dolo nella colpa»⁵⁷, si è cercato di fornire alla colpa un sostrato ontologico di carattere

⁵⁴ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, pp. 511 e ss: «Se il giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento fosse da solo sufficiente a circoscrivere l'area della colpa penale, si dovrebbe conseguentemente affermare la responsabilità tutte le volte in cui si verificano eventi dannosi riconducibili ad azioni notoriamente pericolose»; F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 350; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, op. cit.*, pp. 209 e ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, pp. 211 e ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1992, pp. 290 e ss.; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe, op. cit.*, p. 228.

⁵⁵ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, p. 267: «[...] dove l'attività medico-chirurgica ha svolto un ruolo che può dirsi decisivo nel processo di normativizzazione della colpa, è stato soprattutto a proposito del fenomeno della cooperazione nel delitto colposo e delle implicazioni dogmatiche che esso presenta relativamente ai casi di lavoro in *équipe*. Al riguardo sembra infatti di potere affermare che, fintantoché il principio della divisione del lavoro e la sua rilevanza giuridica in ordine al trattamento medico-chirurgico in *équipe* non sono stati fatti oggetto di autonoma e approfondita indagine, dottrina e giurisprudenza hanno avuto gioco facile nel ritenere che i problemi di imputazione posti dal fenomeno in esame andassero risolti in termini meramente psicologici di prevedibilità delle negligenze altrui. Ma quando poi, sotto la spinta del progresso tecnico della medicina e del diffondersi della c.d. medicina sociale, la scienza penalistica non ha potuto più esimersi dall'affrontare i problemi che il fenomeno della divisione del lavoro solleva nello svolgimento dell'attività medico-chirurgica, ci si è accorti allora come i suddetti problemi non possano invero essere risolti nei termini di cui sopra se non a costo di svuotare di ogni significato il principio stesso della divisione del lavoro: al riguardo è facile osservare come non è certo fuori da ogni previsione la circostanza che anche un collaboratore attento qualche volta possa sbagliare». Per una efficace ricostruzione storica del passaggio dalla concezione psicologica della colpa alla concezione normativa, cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, op. cit.*, pp. 4 e ss.

⁵⁶ Si rinvia a G. A. DE FRANCESCO, *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dogmatica*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993, pp. 409 e ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi, op. cit.*, pp. 24 e ss.

⁵⁷ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Hamburg, 1965, p. 328. Cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, op. cit.*, p. 39: «[...] con la più generale subordinazione scientifica del diritto penale a postulati che dall'esterno ne condizionavano l'elaborazione, la dottrina del secolo scorso – ma il rilievo vale anche per orientamenti assai meno risalenti – accoglieva a un tempo un'impostazione metodologica intesa a esaminare la colpa attraverso la ricerca costante delle sue possibili simmetrie e delle immancabili asimmetrie

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

volontaristico⁵⁸, facendolo coincidere – con diversità di accenti a seconda degli Autori – con una «volontà negativa»⁵⁹, con un «errore inescusabile»⁶⁰ o, secondo l'impostazione più diffusa, con uno «sforzo di attenzione»⁶¹.

Anche i tentativi di fornire alla colpa un *quid* intellettivistico⁶² non hanno condotto a risultati apprezzabili. In particolare, la tesi per cui la colpa consisterebbe nella mancata previsione di un evento prevedibile⁶³, in quanto tale imputabile all'agente, deve essere rigettata se intesa in senso meramente psicologico e slegata dal dato obiettivo della violazione di una regola cautelare da parte dell'agente in quanto non spiega come la colpa possa sussistere nonostante la previsione dell'evento – è il caso della colpa cosciente – o non sussistere nonostante l'indubbia prevedibilità dell'evento (come nell'ambito delle attività rischiose giuridicamente autorizzate)⁶⁴.

La necessità di ricostruire la colpa in termini normativi è emersa in modo evidente anche – e soprattutto – nel settore della medicina, in cui è parso chiaro che

rispetto al dolo, ritenuto la vera forma di responsabilità penale, in quanto maggiormente coerente con le acquisite premesse volontaristiche».

⁵⁸ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, p. 36: «[...] muovendo dalla premessa che la responsabilità penale s'inscriverebbe logicamente nell'ambito del voluto, le concezioni psicologiche tentano di fornire una spiegazione della colpa coerente con la sezione di partenza [...]: ogni colpevolezza e colpevolezza del volere».

⁵⁹ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale. Parte generale*, I, Lucca, 1871, § 70, il quale definiva la colpa come «intenzione indiretta negativa»; L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954, pp. 159 e ss.; M. SPASARI, *Esegesi e dottrina della colpa*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, p. 1475.

⁶⁰ B. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947, p. 19 e ss.; ID., *Il concetto unitario del reato colposo*, p. 349; G. AZZALI, *L'eccesso colposo*, Milano, 1965, p. 130 e ss.; R. A. FROSALI, *Sistema penale italiano, vol. 1*, Città di Castello, 1938, p. 496 e ss.; A. STOPPATO, *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Verona, 1898, pp. 104 e ss. Alla base di tale ricostruzione vi è una integrale assimilazione fra errore dell'agente – che cada sulle circostanze concomitanti al proprio operare o sulle conseguenze che dallo stesso comportamento possono derivare – e colpa. *Contra*, G. MARINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, 1988; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2003, p. 373.

⁶¹ G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 521; E. MEZGER, *Diritto penale*, Padova, 1935, p. 367; M. GALLO, *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 636; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, *op. cit.*, p. 11, i quali hanno osservato come, nella sistematica del reato colposo, la violazione di un dovere di attenzione non sia fondamentale dato che possono ben ipotizzarsi casi in cui l'agente versi in colpa nonostante abbia compiuto una certa condotta con la massima attenzione. È il caso, a titolo esemplificativo, del medico specializzando che, a causa della propria inesperienza, si cimenti in una operazione per la quale non è ancora compiutamente formato, dalla quale derivi un evento lesivo per il paziente: la colpa sussiste anche se lo specializzando inesperto abbia profuso la massima attenzione nell'intervento.

⁶² F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, pp. 53 e ss.

⁶³ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 333; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto penale*, *op. cit.*, § 80: «la colpa si definisce la volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto. Dicesi conseguenza prevedibile, perché l'essenza della colpa sta nella prevedibilità».

⁶⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 333; recentemente, M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012, p. 19.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

fosse necessario distinguere la finalizzazione della prestazione sanitaria erogata alla guarigione del paziente dall'effettivo risultato conseguito. In tale ordine di ipotesi, il risultato infausto raggiunto, seppure possa considerarsi sintomatico dell'esistenza a monte di un errore – dunque, di una colpa, secondo l'impostazione in passato imperante – non appare dirimente nel giudizio volto ad ascriverlo al medico a titolo di colpa. L'attività medica si caratterizza, infatti, per l'immanenza di un rischio intrinseco, ineliminabile nonostante il pieno e puntuale rispetto delle *leges artis* disciplinano la specifica attività compiuta⁶⁵. Si è preso atto⁶⁶, dunque, che nel settore medico non sempre ciò che è psicologicamente prevedibile – e che poi materialmente si verifica – possa essere ascritto alla responsabilità del medico.

La prevedibilità dell'evento non equivale a responsabilità. Perché possa aversi colpa, e dunque responsabilità per un evento lesivo occorso, è necessario che quell'evento sia conseguenza diretta della inosservanza di una regola cautelare⁶⁷, finalizzata proprio ad evitare eventi di quella stessa tipologia, e che il comportamento diligente tipizzato nella regola cautelare violata lo avrebbe evitato⁶⁸. Alla base della colpa fu finalmente chiaro che deve porsi la violazione di una regola di condotta il cui rispetto sia obbligatorio per il soggetto considerato. La colpa, dunque, assume una fisionomia normativa: è la contrarietà della condotta ad una norma a contenuto preventivo – dunque, una regola modale che prescriva il comportamento idoneo ad evitare o ridurre il rischio di verificazione di un certo evento – a fornirle tipicità.

⁶⁵ Sul dovere di diligenza nell'ambito delle attività pericolose socialmente utili, cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., pp. 195 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., pp. 350 e ss.; ID., *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, op. cit., pp. 1045 e ss.

⁶⁶ Il tema fu analizzato con particolare scrupolo dalla dottrina tedesca. Cfr. R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Recht*, Tübingen, 1911, p. 145, citato da E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 269, nota 10, secondo il quale «si possono immaginare dei casi nei quali l'agente agisce con l'attenzione più tesa e cionondimeno in modo scorretto e perciò colposo».

⁶⁷ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'imputazione oggettiva dell'evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 17 e ss, secondo cui la violazione della regola cautelare deve caratterizzare come colposa tanto l'azione o l'omissione quanto l'evento.

⁶⁸ R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2010, p. 456: «La dottrina italiana ha da sempre sottolineato con forza tale nesso, affermando che la responsabilità non si estende a tutti gli eventi che comunque siano derivati dalla violazione della norma, ma è limitata ai risultati che la norma stessa mira a prevenire»; cfr. M. GALLO, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, op. cit., p. 642; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 327; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, op. cit., p. 272; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., pp. 359 e ss.; recentemente, M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, op. cit., pp. 207 e ss..

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

«Solo la causazione biasimevole dell'evento è tipica e antigiuridica, non già la mera causazione dell'evento biasimevole»⁶⁹: così può sintetizzarsi l'idea intorno alla quale si è poi successivamente sviluppata la concezione normativa della colpa. Sviluppo dovuto «all'avvento del macchinismo e del fenomeno chiave della circolazione stradale»⁷⁰.

Un impulso decisivo per il pieno affermarsi della colpa in senso normativo è dovuto proprio alla cooperazione colposa in ambito medico chirurgico: il caso del lavoro d'*équipe*⁷¹. In tale contesto operativo è evidente che l'applicazione del tradizionale approccio fondato sulla mera prevedibilità psicologica della altrui condotta erronea, slegato dalla valutazione circa l'esistenza della violazione di un dovere normativo a carattere cautelare, comporta la totale paralisi dell'attività stessa. Il singolo medico, infatti, oltre a dover evitare eventi infausti prevedibilmente derivanti da suoi personali errori, dovrà evitare, in quanto parimenti prevedibile, che anche altri commettano errori efficienti rispetto all'evento lesivo della salute del paziente. Delle due l'una, quindi: o il medico agisce comunque, sopportando il rischio che dalla condotta altrui "difettosa" possa derivare un fattore che conduce all'evento lesivo finale; oppure si astiene dall'operare.

L'inaccettabilità di tale conclusione poggia su un altro aspetto. Esistono attività che, come quella medico-chirurgica, presentano un ineliminabile margine di rischio ma tuttavia, data la loro utilità sociale, vengono autorizzate dall'ordinamento. In questo particolare genere di ipotesi, la colpa si struttura in maniera peculiare. Le regole cautelari che disciplinano l'attività in questione tracciano un perimetro entro il quale l'attività, pur rischiosa, è consentita. Questa perimetrazione ha lo scopo di non consentire che eventi infausti comunque derivanti dal corretto svolgimento dell'attività autorizzata possano essere ascritti al soggetto agente. Si parla, in tali casi, di "rischio consentito"⁷². L'irresponsabilità penale dell'agente non deriva,

⁶⁹ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, op. cit., pag. 156.

⁷⁰ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 268. Per una ricostruzione del passaggio dalla concezione psicologica ad una normativa della colpa, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, op. cit., p. 144 e ss.

⁷¹ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 268.

⁷² F. MANTOVANI, voce *Colpa*, op. cit., p. 302; ID, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, op. cit., p. 536 e ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, p. 225; U. PIOLETTI, *Contributo allo studio del*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

semplicemente, dall'assenza di colpa, quindi di colpevolezza. La categoria del rischio consentito agisce ad un livello superiore, cioè al livello della tipicità. Le condotte che permangono entro il perimetro del consentito, e cioè sono conformi agli standard cautelari vigenti nella materia di volta in volta presa in considerazione, sono atipiche così come l'evento che dovesse derivarne come conseguenza eziologica. È tipica, invece, la condotta (*rectius*, il fatto) che travalichi l'ambito di irrilevanza penale tracciato dalle regole cautelari⁷³.

In sintesi: l'esercizio di un'attività rischiosa ma socialmente utile, come la medicina, rende sempre prevedibile – esercitando l'attività – ed evitabile – non esercitandola affatto – il verificarsi di offese a beni giuridici tutelati penalmente. Tuttavia, in tali ipotesi, l'ordinamento compie un bilanciamento fra costi e benefici derivanti dalla salvaguardia, alternativa, di interessi potenzialmente confliggenti. Davanti alla scelta fra (a) la massima tutela dei beni giuridici investiti in maniera potenzialmente lesiva dall'esercizio della suddetta attività rischiosa e (b) il sacrificio degli stessi beni consentendo il libero esercizio della stessa attività, l'ordinamento ha optato per una soluzione di compromesso. L'attività rischiosa è autorizzata: l'ordinamento, cioè, ne permette l'esercizio ma entro i limiti in cui è permessa. Limiti prima di tutto cautelari: il rischio, che ineliminabilmente ne deriva, può essere contenuto attraverso l'adozione di apposite regole di condotta⁷⁴.

La centralità assunta dal dovere obiettivo di diligenza, inteso come strumento di delimitazione del rischio immanente ad ogni attività potenzialmente lesiva, ha quindi spinto l'elaborazione dottrina a forgiare una concezione della colpa strutturalmente differente. Si rinuncia a fornire all'istituto una evanescente base ontologico-psicologica e si propone con successo una lettura in chiave normativa: è colposo (quindi, antidoveroso, rimproverabile) il comportamento che consista nella violazione di una regola cautelare, il cui rispetto è imposto dalla

delitto colposo, Padova, 1990; F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, *op. cit.*, p. 89 e ss.; A. CASTALDO, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 1096.

⁷³ Nella manualistica, cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 511.

⁷⁴ G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, *op. cit.*, p. 225, il quale ha evidenziato come il concetto di rischio consentito «rappresenti il principale “terreno di coltura” della relativizzazione del valore dei beni con riguardo al momento dinamico della condotta, in quanto l'ordinamento non può che permettere, in linea di principio, tutta una serie di comportamenti potenzialmente pericolosi ma pressoché irrinnunciabili dal punto di vista dell'utilità sociale».

necessità di contenere i rischi derivanti dallo svolgimento di ogni attività potenzialmente rischiosa. La colpa appariva, e appare ora, come un istituto dalla duplice anima: rileva sia in sede di tipicità del fatto, sia in sede di colpevolezza⁷⁵. Si afferma, dunque, la teoria della c.d. “doppia misura della colpa”: la misura oggettiva, rilevante in sede di determinazione del fatto colposo tipico, e la misura soggettiva, che compendia le valutazioni di attribuibilità del fatto colposo all’agente⁷⁶.

Ricorre, dunque, una definizione del reato colposo che mette bene in luce entrambi gli aspetti strutturali menzionati: «il reato colposo consiste nella realizzazione di un fatto compiuto involontariamente e con inosservanza di regole di comportamento aventi una funzione preventiva, qualora il fatto fosse prevedibile ed evitabile mediante l’osservanza, personalmente esigibile (quindi rimproverabile al soggetto) di tali regole»⁷⁷.

III. 2. [Il problema dell’estensione dei doveri cautelari nelle attività plurisoggettive] Trasferendo il discorso in una prospettiva plurisoggettiva, l’adozione

⁷⁵ *Ex multis*, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 27 e ss.

⁷⁶ Cass. Pen. Sez. IV, 17 novembre 2011, n. 1442, Cappucci e altro, nella cui parte motiva si legge: «Nell’individuazione della responsabilità medica, appare necessario tenere conto delle categorie teoriche, peraltro strettamente connesse con aspetti normativi e conoscitivi, da un verso della misura soggettiva della colpa, consistente nella prevedibilità del risultato offensivo e nell’esigibilità della condotta conforme alla regola cautelare, e dall’altro della misura oggettiva della colpa, contrassegnata invece dalla individuazione e violazione della regola cautelare e dalla evitabilità del risultato dannoso. La prevedibilità della colpa viene definita anche come “motivabilità”, considerata questa come l’essenza della colpevolezza. Ovverosia, nel reato colposo la “motivabilità”, cioè l’efficacia potenzialmente motivante per un comportamento conforme al diritto, deve fare sempre riferimento alle “pretese cautelari” provenienti dall’ordinamento mediante la formulazione di regole cautelari: in altre parole, nel reato colposo, la colpevolezza è configurabile nella discrepanza tra il “processo motivazionale reale” del soggetto, che lo ha condotto a compiere il fatto antigiuridico, ed il “processo motivazionale ipotetico” che l’agente modello, in determinate circostanze di fatto, avrebbe potuto compiere in modo conforme alle richieste di liceità dell’ordinamento. Approfondendo ulteriormente l’argomento, va detto che l’elemento della prevedibilità o motivabilità si articola a sua volta nella riconoscibilità del pericolo, e nella conoscibilità della regola cautelare».

In dottrina, S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella teoria del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, pp. 21 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 524; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007, pp. 417 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., pp. 329 e ss.; C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, pp. 238 e ss.; M. ROMANO, art. 43 c.p., in *Commentario sistematico del codice penale*, I, op. cit., p. 457 e ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2008, pp. 207 e ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2009, pp. 350 e ss.; F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, pp. 324 e ss.; A. CANEPA, *L’imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, op. cit., *passim*; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, op. cit., *passim*.

In giurisprudenza, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini, in *Cass. Pen.*, 2009, pp. 2837 e ss., con nota di E. DI SALVO, *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso “Porto Marghera”*, e in *Foro it.*, 2007, II, c. 563 e ss., con nota di R. GUARINIELLO, *Tumori professionali a Porto Marghera*.

⁷⁷ S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, op. cit., p. 411; definizione riportata e fatta propria anche da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, op. cit., p. 28.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

di una concezione della colpa che valorizza, in sede di tipicità del comportamento penalmente rilevante, la violazione di un dovere obiettivo di diligenza⁷⁸, impone la ricerca di criteri per delimitare l'estensione dei doveri cautelari gravanti su ciascun soggetto⁷⁹.

In astratto, le alternative sono fondamentalmente due: a) ciascuno risponde delle sole violazioni cautelari riferibili all'attività effettivamente svolta; b) ciascuno risponde anche del fatto colposo altrui, nella misura in cui fosse ipotizzabile in concreto la ricorrenza di una norma cautelare che imponeva il controllo e l'eventuale neutralizzazione di quel fattore colposo⁸⁰. In sostanza, la concezione normativa della colpa impone, anche in contesti plurisoggettivi, una riflessione sull'estensione del dovere cautelare individuale.

L'alternativa *sub a)* si radica su una rigida compartimentazione dei ruoli interpretati da ciascuno dei partecipanti ad una attività plurisoggettiva. Ad una previa predeterminazione dell'attività in concreto doverosa per ciascuno corrisponde una netta perimetrazione delle rispettive aree di responsabilità: ciascuno è tenuto a svolgere il proprio ruolo – nei più diversi contesti interattivi che possono darsi nella vita sociale – senza preoccuparsi che altri soggetti con cui interagisca facciano altrettanto, in quanto del fatto lesivo che dovesse derivare da una condotta altrui risponde unicamente colui che ne ha realizzato gli elementi di tipicità, *in primis* violando la regola cautelare che imponeva un certo modo di agire per scongiurare o ridurre il rischio di verificazione del fatto stesso. In una prospettiva di tal genere, le regole cautelari assumono una fisionomia ben precisa, essendo rivolte a soggetti individuati ed essendo volte ad evitare che da una certa condotta derivi un certo

⁷⁸ Cfr. E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 268, il quale evidenzia come, nel settore medico, possano frequentemente verificarsi eventi lesivi della salute del paziente pur nel pieno rispetto delle *leges artis* da parte del medico. «Soltanto se il medico nel suo intervento ha violato la *lex artis*, la sua condotta è idonea ad integrare la fattispecie dell'omicidio o delle lesioni personali: il che vuol dire che elemento essenziale per l'esistenza del fatto tipico è, oltre al disvalore dell'evento, anche il disvalore dell'azione».

⁷⁹ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 270: «fintantoché il principio della divisione del lavoro e la sua rilevanza giuridica in ordine al trattamento medico-chirurgico in *équipe* non sono stati fatti oggetto di autonoma ed approfondita indagine, dottrina e giurisprudenza hanno avuto gioco facile nel ritenere che i problemi di imputazione posti dal fenomeno in esame andassero risolti in termini meramente psicologici di prevedibilità delle negligenze altrui».

⁸⁰ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, *op. cit.*, 219; C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2838.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

evento. Un tale modo di argomentare dovrebbe escludere la configurabilità di regole cautelari aventi come funzione il controllo e l'emenda di condotte rischiose altrui: se la funzione del diritto penale è puramente sanzionatoria ed affatto pedagogica, questo scopo è raggiunto attraverso l'individuazione di precise aree di responsabilità, come conseguenza del previo riparto delle competenze fra i vari soggetti che interagiscono fra loro. Solo in un diritto penale solidaristico, improntato non solo alla stigmatizzazione di comportamenti antidoverosi ma anche alla promozione positiva di valori sarebbe concepibile la vigenza di regole cautelari specificamente volte al controllo dell'attività altrui.

Secondo l'impostazione *sub b)* invece ciascuno ben potrebbe rispondere di un fatto realizzato materialmente da altro cooperatore nell'attività plurisoggettiva. Ciò suppone una più ampia estensione del dovere di diligenza rispetto alla soluzione prospettata in precedenza. Ciascuno, nell'interagire con altri soggetti, dovrebbe badare a disimpegnare correttamente le proprie incombenze e verificare che anche i soggetti con cui coopera facciano altrettanto: il rischio che si verifichi un evento lesivo come conseguenza della condotta altrui è prevedibile – non controllando la correttezza dell'operato altrui – ed evitabile – controllandola – per cui il fatto deve essere ascritto anche al soggetto che abbia violato tale dovere cautelare. L'adozione di una tale soluzione porrebbe al centro del sistema penale la massima tutela dei beni giuridici, sotto forma di estensione dell'area di rilevanza penale dei comportamenti dei cooperatori. Tuttavia si dimostra impraticabile, in concreto, nella sua assolutezza. Una estensione dei doveri cautelari tanto ampia da ricomprendere, senza eccezioni, l'obbligo di controllare e correggere attivamente la condotta altrui impedirebbe, di fatto, l'esercizio di qualsiasi attività che contempli un'interazione umana anche minimale: ciascuno dovrebbe svolgere correttamente i propri compiti ed anche verificare costantemente, dietro minaccia di pena, la correttezza dell'operato altrui. Si finirebbe, in tal modo – oltre che comprimere gravemente la libertà personale di ciascun partecipante ad un'attività plurisoggettiva – per avallare un sistema di rapporti reciproci fra cooperatori improntato ad una «metodica

sfiducia»⁸¹: per non incorre in un addebito di responsabilità, ogni partecipante ad una attività plurisoggettiva, pur organizzata secondo il metodo della divisione del lavoro, dovrebbe costantemente verificare che nessuno dei cooperatori venga meno ai propri doveri.

È evidente che, per opposte ragioni, entrambe le soluzioni prospettate in astratto devono essere rigettate. Ed allora il tema dell'individuazione della responsabilità penale in contesti interattivi e quello della sua estensione può essere risolto solo attraverso un'opera di mediazione assiologica e dogmatica. È necessario trovare un compromesso fra diverse esigenze: la piena affermazione del principio di personalità della responsabilità penale che, in una prima accezione minimale, impone il divieto di ipotesi di responsabilità per fatto altrui⁸²; la necessità di permettere lo svolgimento plurisoggettivo di attività rischiose giuridicamente autorizzate perché socialmente utili; l'esigenza di non gravare ogni cooperatore di un "carico" cautelare eccessivamente oneroso.

La risposta fornita a questo complesso quesito è costituita dall'applicazione del principio di affidamento, in base al quale un soggetto, chiamato ad interagire con altri nello svolgimento di un'attività che contempla diversi obblighi divisi fra i vari cooperatori, può e deve potere confidare sul fatto che questi rispetteranno le regole cautelari che disciplinano la specifica mansione che sono chiamati ad espletare, potendo quindi ciascuno legittimamente omettere di controllare costantemente la conformità a diligenza dell'operato altrui; in breve, ciascuno può fare affidamento sul corretto adempimento da parte di tutti dei rispettivi compiti⁸³.

L'analisi del principio richiede di soffermarsi sulla sua genesi, sul suo fondamento normativo, sulla sua funzione – pratica e dogmatica –, sui suoi limiti.

⁸¹ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici*, op. cit., 219.

⁸² Cfr. P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, op. cit., p. 34; A. ALESSANDRI, *Art. 27, primo comma*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, p. 16; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., *passim*; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. «Nesso di rischio» e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006. Nella manualistica, S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., pp. 173 e ss.

⁸³ Cfr. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., *passim*; ID., *Sui limiti del principio di affidamento*, op. cit., pp. 1195 e ss.; ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, op. cit., pp. 1051 e ss.; ID., *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, op. cit., pp. 153 e ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, op. cit., p. 536; G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, op. cit., pp. 217 e ss.; E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., pp. 265 e ss.

III. 3. [Genesi del principio di affidamento] Recentemente la dottrina⁸⁴ ha approfondito il tema in questione, rispetto alla prima applicazione che ne fu fatta in Italia⁸⁵, limitatamente al settore medico-chirurgico.

La prima utilizzazione del principio in parola fu operata dalla dottrina tedesca nel settore del traffico stradale, precisamente da Hermann Gülde, autore che tanto nel periodo del nazionalsocialismo quanto in epoca successiva si occupò dei problemi attinenti allo specifico tema della circolazione stradale. Egli fu il primo a domandarsi se «il singolo partecipante al traffico stradale [...] debba costantemente mettere in conto – il che non può non riverberarsi sul *quantum* di diligenza che gli viene richiesta – che gli altri partecipanti si comportino in modo inavveduto, irragionevole, o comunque contrario alle regole del traffico»⁸⁶. Il Gülde, avversando l'orientamento giurisprudenziale allora dominante, rispose al quesito negativamente.

La sua impostazione fu senz'altro debitrice rispetto alla concezione che dello Stato si aveva in epoca nazionalsocialista: si dovrebbe presumere che ogni membro della collettività adempirà agli specifici doveri di cui è destinatario perché se si sostenesse il contrario si ammettere l'ineffettività dell'ordinamento statale, giacché si dovrebbe postulare come comportamento paradigmatico di ogni consociato non l'osservanza ma la trasgressione delle regole.

Inoltre, ritenere che qualunque partecipante al traffico stradale debba orientare il proprio comportamento in funzione dell'altrui prevedibile (anzi, normale) trasgressione cautelare finirebbe per privilegiare irragionevolmente proprio il trasgressore, il quale potrebbe legittimamente presumere che il comportamento degli altri soggetti con cui si trova ad interagire “compenserà” la propria inosservanza. In tal senso, dunque, il principio di affidamento assume una connotazione pedagogica: l'osservanza delle regole cautelari di condotta è doverosa (anche) in quanto l'ordinamento non tutela l'affidamento sul fatto che altri,

⁸⁴ Nella letteratura medico-legale, cfr., in particolare, V. FINESCHI-P. FRATI-C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, pp. 261 e ss.

⁸⁵ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, pp. 217 e ss.

⁸⁶ Il riferimento al Gülde è contenuto in M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, pp. 11 e ss.

adeguando il proprio comportamento, annulleranno gli effetti negativi derivanti dalla propria negligenza.

Già secondo questa prima teorizzazione, il principio di affidamento non deve essere concepito in termini assoluti, ma incontra uno specifico limite: viene meno quando l'altrui inosservanza sia riconoscibile, con conseguente obbligo di modificare la propria condotta in modo da contenere il rischio innescato dal soggetto che versa in colpa⁸⁷.

Anche relativamente alla funzione del principio di affidamento, questa prima riflessione della dottrina tedesca fu particolarmente feconda, in quanto non mancò di evidenziare che permettere di presupporre la correttezza dell'operato altrui consente a ciascun operatore di concentrarsi meglio sui compiti che gravano su di lui. In tal modo, più in generale, si traccia la strada per un utilizzo del principio di affidamento in ogni contesto in cui la tutela di un determinato bene giuridico è ripartita fra più soggetti. L'adozione dell'affidamento come regola di distribuzione del carico cautelare fra più soggetti sottende un'opzione a favore di una tutela del bene giuridico dipendente dal corretto adempimento da parte di ciascuno dei propri compiti, piuttosto che da un controllo diffuso lasciato alla totalità dei soggetti coinvolti⁸⁸. In sintesi, il principio di affidamento permette a ciascuno di prestare la massima diligenza nell'esercizio dei propri compiti; non dovendo di regola controllare che gli altri facciano altrettanto, ne deriva una maggiore sicurezza complessiva dell'attività plurisoggettiva svolta (le considerazioni, lo ricordiamo, erano state compiute con riferimento alla circolazione stradale).

Il riconoscimento definitivo dell'affidamento è avvenuto ad opera di una sentenza del *Bundesgerichtshof* tedesco⁸⁹ che decise una fattispecie riguardante il diritto

⁸⁷ M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 14.

⁸⁸ M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 27. L'Autore sottolinea, peraltro, come la concezione del principio proposta dal Gülde parta da una concezione della colpa intesa in senso psicologico e dunque, nonostante il linguaggio utilizzato possa far ritenere il contrario, tale teorica non può considerarsi anticipatrice della teoria della tipicità soggettiva proposta con successo dal Welzel, secondo cui la colpa e il dolo – e dunque anche il principio di affidamento – hanno rilevanza già in sede di tipicità, oltre che nell'ambito della colpevolezza.

⁸⁹ Del 12/07/1954, BGH 7, 118, approfonditamente analizzata da M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 42 e ss., il quale evidenzia come, anteriormente a tale *revirement* giurisprudenziale, in costanza di una concezione della colpa in senso puramente psicologico, la giurisprudenza tedesca affermatasi in tema di circolazione stradale ritenesse che potesse invocare il principio di affidamento il soggetto – osservante le regole di diligenza su di lui gravanti, il quale percepisca visivamente un altro utente

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

di precedenza dell'automobilista. A differenza del consolidato orientamento precedente – secondo il quale l'affidamento sul corretto comportamento altrui poteva essere invocato solo se tali altri soggetti con cui si interagisce fossero visibili, e quindi potesse constatarsi in modo concreto l'assenza di segnali del pericolo di una loro inosservanza cautelare – questa storica pronuncia ribaltò i termini del discorso. Se il titolare del diritto di precedenza dovesse sempre modulare la propria velocità, in prossimità di un'intersezione stradale, semplicemente per l'astratta prevedibilità che un altro utente della strada, non visibile – quindi, del quale non sia possibile previamente valutare l'affidabilità – non ottemperi all'obbligo di concedere precedenza, ciò equivarrebbe a svuotare di significato la norma attributiva dello stesso diritto di precedenza⁹⁰. È invece doveroso affermare la vigenza, nella fattispecie, del principio di affidamento perché la sua regolare non vigenza sarebbe disfunzionale rispetto alle esigenze di speditezza del traffico.

In tal modo la giurisprudenza tedesca ha posto un legame stretto fra affidamento e finalità che esso intende perseguire nel concreto (nel caso di specie, la fluidità del traffico stradale): si tratta di attività intrinsecamente pericolosa, nondimeno autorizzata se svolta entro i limiti segnati dalle regole cautelari, la cui osservanza è lecito aspettarsi da parte di tutti i partecipanti al traffico. Il principio di affidamento, contribuendo a precisare l'entità delle cautele doverose per ciascuno, svolge la stessa funzione del concetto di “rischio consentito”, cioè quella di perimetrare l'area della tipicità colposa. Questo modo di procedere ha spinto i commentatori successivi⁹¹ ad inquadrare il principio in esame nell'ambito del rischio consentito, come un corollario dello stesso. In altre parole, contribuendo a definire l'area dei doveri cautelari che disciplinano un'attività rischiosa ma giuridicamente autorizzata – come, appunto, la circolazione stradale –, contribuisce a precisare i

della strada. In tal modo, l'utente della strada diligente ha la possibilità di verificare concretamente se sia possibile riporre affidamento o meno nella condotta dell'altro utente con cui si trovi occasionalmente a interagire. In definitiva, l'affidamento del soggetto diligente nel corretto comportamento altrui non è di per sé tutelato; è altresì necessario che la correttezza del comportamento altrui fosse prevedibile sulla base di un'osservazione diretta, in modo che sia possibile affermare che l'evento infausto derivante dalla condotta del soggetto che appariva diligente fosse imprevedibile.

⁹⁰ M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 44.

⁹¹ In Italia, cfr. A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, pp. 781 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

limiti del c.d. “rischio consentito”, oltre i quali sorge responsabilità penale per l’evento lesivo occorso.

È da evidenziare come questa soluzione interpretativa abbia comunque destato perplessità. Immanente all’applicazione dell’affidamento è un bilanciamento fra interessi confliggenti: nel caso della circolazione stradale, la speditezza del traffico e la salvaguardia della salute degli automobilisti. Ebbene, il principio dell’affidamento, inteso nel modo accolto dalla Corte Suprema tedesca, è parso “disumano” e “antisolidaristico” in quanto, espungendo dai doveri cautelari di ogni automobilista quello di adeguare la propria condotta alla potenziale inosservanza dei propri obblighi da parte di altro automobilista, tenderebbe a privilegiare le ragioni del traffico rispetto a quelle della sicurezza⁹².

Oltralpe, il principio dell’affidamento conosceva una rapida espansione anche oltre il settore della circolazione stradale, incluso quello della medicina in *équipe*; in Italia vi furono, al contrario delle resistenze nel settore stradale ma una rapida diffusione del principio ha caratterizzato il settore medico-chirurgico. Ciò non sorprende, per diverse ragioni.

Anzitutto, nel settore della medicina d’*équipe* non vi sono ostacoli normativi alla piena assimilazione ed applicazione del principio, come invece accade nel settore della circolazione stradale per effetto degli artt. 140⁹³, 141, comma 3⁹⁴ e, con riferimento al diritto di precedenza, l’art. 145 del D. Lgs. n. 285/1992⁹⁵.

⁹² D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, op. cit., p. 987.

⁹³ Art. 140, comma 1, D. Lgs. n. 285/1992: «Gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale».

⁹⁴ Art. 141, comma 3, D. Lgs. n. 285/1992: «In particolare, il conducente deve regolare la velocità nei tratti di strada a visibilità limitata, nelle curve, in prossimità delle intersezioni e delle scuole o di altri luoghi frequentati da fanciulli indicati negli appositi segnali, nelle forti discese, nei passaggi stretti o ingombri, nelle ore notturne, nei casi di insufficiente visibilità per condizioni atmosferiche o per altre cause, nell’attraversamento degli abitati o comunque nei tratti di strada fiancheggiati da edifici».

⁹⁵ Art. 145, comma 1, D. Lgs. n. 285/1992: «I conducenti, approssimandosi ad una intersezione, devono usare la massima prudenza al fine di evitare incidenti». La norma quindi imponendo anche all’utente della strada titolare del diritto di precedenza, in ogni caso, la massima prudenza in prossimità di un’intersezione stradale, rende evidentemente ardua l’applicazione sul terreno giurisprudenziale del principio dell’affidamento. Tutti gli automobilisti devono usare la massima diligenza, compreso chi ha la precedenza, il quale, quindi, dovrà moderare la velocità per accertarsi che la precedenza gli venga effettivamente concessa. Cfr. M. MANTOVANI, *Il principio dell’affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 54 e ss., il quale rileva che la giurisprudenza italiana «lungi dallo svolgere una funzione propulsiva, di promozione del principio (ossia lungi dal ricalcare le orme seguite dalla dottrina tedesca), si è viceversa adoperata in senso frenante nei confronti del principio dell’affidamento, restringendo, specie nel campo della circolazione stradale, il più possibile gli spazi per una sua utilizzazione». Ed anche dove i giudici sembrano aver informato le loro decisioni a tale principio, come riguardo ad alcune

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Inoltre, nel nostro Paese si è avuto un significativo ritardo nella recezione della concezione normativa della colpa, sulla quale si impernia il principio di affidamento: la vigenza e la cogenza delle *leges artis* nei confronti di ciascuno, fonda l'aspettativa dell'ordinamento al rispetto delle stesse e, correlativamente, fonda l'aspettativa di ogni consociato a che gli altri con cui interagirà le rispetteranno in quanto doverose per loro come per lui.

Nel settore della medicina d'*équipe*, infine, il principio di affidamento permette di adeguare il comportamento di ogni cooperatore all'attività plurisoggettiva in base alla impossibilità di conoscere anticipatamente il comportamento degli altri soggetti con cui si interagisce. Questo *deficit* di conoscenza, per il superamento del quale è stato concepito il principio di affidamento, si struttura in maniera differenziata nella circolazione stradale rispetto all'attività medico-chirurgica. Nel primo caso, il difetto di conoscenza da cui sorge la necessità di affidarsi alla correttezza altrui deriva dall'anonimato delle relazioni intersoggettive che occasionalmente si instaurano fra gli utenti della strada: il che impedisce il formarsi di una pregressa esperienza di rapporti intersoggettivi su cui fondare una prognosi di osservanza o inosservanza altrui delle regole cautelari di volta in volta rilevanti. Nell'ambito dell'attività medico-chirurgica svolta plurisoggettivamente, invece, il difetto di conoscenza rispetto a cui agisce

situazioni di cooperazione fra medici «per consulto», ciò è avvenuto in maniera quasi inconsapevole, senza procedere ad un mirato approfondimento dogmatico. Tuttavia, anche nel settore della circolazione stradale, anche la giurisprudenza italiana è giunta ad ammettere la generale applicabilità del principio di affidamento. Cfr., in particolare, Cass. Pen., Sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, Minunno, in C.E.D. Cass., n. 245663, e in Cass. Pen., 2010, p. 3196, con nota di R. RUSSO, *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari. Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*. La sentenza citata è così massimata: «Il principio di affidamento trova applicazione anche in relazione ai reati colposi commessi a seguito di violazione di norme sulla circolazione stradale, ed impone di valutare, ai fini della sussistenza della colpa, se, nelle condizioni date, l'agente dovesse e potesse concretamente prevedere le altrui condotte irregolari. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta in concreto imprevedibile per l'imputato – che, a bordo di una autovettura, percorreva una strada statale, e stava avviando manovra di svolta a sinistra per accedere ad un'area di servizio che si trovava sul lato opposto della carreggiata, approfittando del fatto che alcuni veicoli, tra cui in particolare un autoarticolato, che procedevano nell'opposto senso di marcia, si erano fermati per favorire la manovra – la condotta della parte lesa, una ciclomotorista che aveva sorpassato scorrettamente sulla destra la colonna ferma di autoveicoli, omettendo inoltre di fermarsi o rallentare in prossimità dell'ingresso all'impianto di distribuzione di carburanti)». La giurisprudenza non è comunque consolidata sul punto. Cfr. la successiva Cass. Pen., Sez. IV, 15 luglio 2010, n. 32202, Filippi, in C.E.D. Cass., n. 248354: «In tema di reati commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale, costituisce di per sé condotta negligente l'aver riposto fiducia nel fatto che gli altri utenti della strada si attengano alla prescrizione del legislatore, poiché le norme sulla circolazione stradale impongono severi doveri di prudenza e diligenza proprio per far fronte a situazioni di pericolo, determinate anche da comportamenti irresponsabili altrui, se prevedibili. (In applicazione del principio, si è ritenuto che il conducente avente diritto di precedenza, nonostante ciò, conservi, nell'approssimarsi ad intersezioni ove possano sopraggiungere altri veicoli, l'obbligo di tenere una condotta adeguatamente prudente, e non può, pertanto, limitarsi ad invocare il comportamento imprudente del conducente sfavorito dal diritto di precedenza, se ordinariamente prevedibile)».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco
Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo
Università degli Studi di Sassari

“compensativamente” il principio di affidamento deriva dalla diversità dei campi specialistici in cui operano i diversi sanitari che, volta per volta, intervengono sul paziente. L'impossibilità di sindacare nel merito l'operato altrui implica la necessità di confidare che i compiti assegnati a ciascuno secondo il metodo della competenza e della divisione del lavoro siano espletati correttamente⁹⁶.

Dunque, il settore della divisione del lavoro nell'attività curativa è quello in cui, nel nostro Paese, il principio dell'affidamento è penetrato più a fondo⁹⁷: «il

⁹⁶ M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pag. 58 e ss, il quale riporta le perplessità emerse nella recente dottrina tedesca circa la possibilità di equiparare, sotto il profilo della comune applicabilità del principio dell'affidamento, i settori della circolazione stradale e quello medico-chirurgico. Rinviano alla citata opera per gli opportuni riferimenti alla dottrina d'Oltralpe, le questioni ivi emerse possono così sintetizzarsi: a) nella circolazione stradale abbiamo regole di condotta fissate da prescrizioni di legge tendenzialmente “stabili” mentre nel settore medico il progresso scientifico impone sempre nuovi standard di diligenza; obiezione rigettata dal Mantovani, il quale rimarca il dato fondamentale della lontananza delle diverse branche della medicina fra di loro e la conseguente necessità di fare affidamento sul fatto che il collega obbedisca alle regole di condotta a lui rivolte; b) a fronte della comune possibilità di riconoscere quando il *partner* non ottemperi alle proprie regole di condotta, il dovere di diligenza del medico sarebbe maggiore di quello del pilota automobilistico, in quanto il primo dovrà intervenire per rimuovere le conseguenze delle (riconoscibili) negligenze altrui, mentre dal secondo si esigerà soltanto che non porti a termine la condotta iniziata per evitare che questa, combinata all'altrui condotta inosservante possa determinare un evento lesivo. Per Mantovani questa maggiore gravosità in capo al medico è solo apparente; c) mentre i rapporti fra i partecipanti al traffico sono sempre anonimi (corrono fra persone che non si conoscono e non possono conoscersi), tali non sarebbero i rapporti fra medici, i quali si conoscono o hanno la possibilità di farlo. Per Mantovani il problema riguarda l'oggetto della conoscenza che qui viene in considerazione: nell'*équipe* ciò che non si conosce è la branca dell'*ars* del collega quindi il medico non può fare altro che affidarsi al fatto che il collega svolga adeguatamente i suoi compiti, conformemente alle *leges* che governano il suo ramo di specializzazione; d) mentre nel traffico i soggetti che vengono in reciproca relazione sarebbero tutti su una posizione paritaria, altrettanto non potrebbe dirsi per il settore medico, in cui è sempre presente uno schema gerarchico. Per Mantovani anche questo è inesatto dato che possono ben configurarsi casi di cooperazione fra medici privi di legami gerarchici e appartenenti a divisioni e settori diversi.

⁹⁷ Cfr. *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 6 novembre 2003, n. 10430, Guida, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011, p. 62: «Secondo il «principio dell'affidamento», ogni consociato può confidare sul fatto che ciascuno si comporti adottando le regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente proprio della attività che di volta in volta viene in questione. Tale principio non è però invocabile allorché l'altrui condotta imprudente, ossia il non rispetto da parte di altri delle regole precauzionali normalmente riferibili al modello di agente che viene in questione, si innesti sull'inosservanza di una regola precauzionale da parte di chi pretende di invocare il principio: ossia allorché l'altrui condotta imprudente abbia la sua causa proprio nel non rispetto delle norme di prudenza, o specifiche o comuni, da parte di chi vorrebbe che quel principio operasse», e in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, p. 1143, con nota di G. IADECOLA, *Responsabilità del direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*; Cass. Pen., Sez. IV, 18 marzo 2004, n. 24049, Montemagno, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, op. cit., p. 62. Recentemente, Cass. Pen., Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 10454, Corcione e altro, nella cui motivazione si legge: «In tema di responsabilità colposa [si applica] il principio di affidamento, che è coerente applicazione del principio di personalità della responsabilità penale, in forza del quale ciascuno risponde delle conseguenze della propria condotta, commissiva od omissiva, e nell'ambito delle proprie conoscenze e specializzazioni, mentre non risponde dell'eventuale violazione delle regole cautelari da parte di terzi»; conformemente, Cass. Pen., Sez. IV 16 giugno 2008, n. 24360, Rago e altri, in *Giur. It.*, 2009, p. 948, con nota di F. PAVESI, *Sul principio di affidamento nel trattamento medico-chirurgico*: «In tema di responsabilità per colpa, vale il “principio di affidamento”, in forza del quale ciascuno risponde delle conseguenze della propria condotta, commissiva od omissiva, e nell'ambito delle proprie conoscenze e specializzazioni, mentre non risponde dell'eventuale violazione delle regole cautelari da parte di terzi. Peraltro, questo principio non è di automatica applicazione quando esistano altri partecipi della medesima attività o che agiscano nello stesso ambito di attività o nel medesimo contesto. In questi casi, vige la regola per cui l'agente ha l'obbligo di

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

medico, infatti, nella sua area di competenza acquisisce – ora più che in passato – conoscenze talmente specifiche e specialistiche – e che pertanto non possono far parte del bagaglio culturale di base di ogni medico – che il controllo sul suo operato non può che risultare impossibile al collega perito nell'altra branca dell'*ars*. Di qui – cioè a causa dell'impossibilità di tale controllo – l'esigenza di poter legittimamente fare affidamento sulla sua diligenza»⁹⁸.

III. 4. [Fondamento del principio di affidamento] Relativamente al fondamento dogmatico del principio di affidamento, la dottrina è divisa in diversi filoni interpretativi.

Storicamente, gli indirizzi prevalenti riconducono il principio di affidamento alla teoria del c.d. «rischio consentito» oppure al principio di «autoresponsabilità». Recentemente, peraltro, gli sviluppi dogmatici più recenti relativi alla struttura del reato colposo hanno permesso una rivisitazione del principio in analisi.

III. 4. 1. [Principio di affidamento come applicazione della teoria del rischio consentito] Secondo la prima delle due ricostruzioni proposte, diffusa nell'ambito della dottrina tedesca, l'ambito del principio di affidamento dovrebbe ritenersi confinato all'esercizio plurisoggettivo, secondo il paradigma della divisione dei compiti, di attività rischiose ma giuridicamente autorizzate in quanto socialmente utili⁹⁹. Come già abbiamo avuto modo di precisare, si tratta di attività geneticamente

attivarsi, se ha la percezione (o dovrebbe averla) della violazione delle regole da parte degli altri partecipi nella medesima attività (per esempio, un'operazione chirurgica svolta in équipe) o se, comunque, si trova in una situazione in cui diviene prevedibile l'altrui inosservanza delle regole cautelari (che deve, quindi, avere caratteristiche di riconoscibilità)». Cfr. altresì, Cass. Pen., Sez. IV, 9 aprile 2009, n. 19755, Filizzolo e altri, in C.E.D. Cass., n. 243511, nella cui motivazione si legge: «Nell'ambito dell'attività medica, [...] il principio di affidamento consente [...] di confinare l'obbligo di diligenza del singolo sanitario entro limiti compatibili con l'esigenza del carattere personale della responsabilità penale, sancito dall'art. 27 Cost. Il riconoscimento della responsabilità per l'errore altrui non è, conseguentemente, illimitato e [...] richiede la verifica del ruolo svolto da ciascun medico dell'équipe, essendo aberrante ritenere sul piano giuridico una responsabilità penale di gruppo». Considerazioni sulla necessità di valorizzare il ruolo del principio di affidamento per limitare una prassi giurisprudenziale volta a focalizzare il giudizio di responsabilità medica sulla sussistenza della posizione di garanzia verso il paziente, Cass. Pen., Sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, Toccafondi e altri, in C.E.D. Cass., n. 242016.

⁹⁸ F. AMBROSETTI, M. PICCINELLI, R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 156. Opinione largamente condivisa in dottrina. Cfr., ex multis, F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, op. cit., pp. 536 e ss.; E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., pp. 294 e ss.

⁹⁹ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 68 e ss.; ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, op. cit., p. 1054, anche per i riferimenti alla dottrina tedesca; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, op. cit., p. 538: « [...] il principio dell'affidamento ha il

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

connotate dalla latenza di un rischio avente ad oggetto i beni giuridici investiti dall'esercizio della stessa oppure beni giuridici in qualunque modo alieni rispetto a tale attività. Tali attività, tuttavia, sono giuridicamente autorizzate in ragione del fatto che l'utilità che la collettività ritrae da esse è maggiore dell'entità dei rischi intrinseci ad essa. L'autorizzazione alla liceità dello svolgimento di queste attività, quantunque ne possano derivare danni a beni giuridici penalmente rilevanti, è operata dall'ordinamento su un piano generale ed astratto, predeterminato *ex ante* dalle regole cautelari che ne disciplinano lo svolgimento mantenendolo entro ambiti di rischio, per l'appunto, consentito. Del resto, si sostiene¹⁰⁰, se l'esercizio di queste attività prescindesse dalla previa delimitazione di un'area di rischio consentito, entro la quale il rispetto delle regole cautelari implica l'esenzione da responsabilità del soggetto agente che abbia tuttavia cagionato un evento lesivo, pur prevedibile ed evitabile a causa del rischio intrinseco che incombe sull'attività stessa, l'ordinamento cadrebbe in contraddizione con se stesso e minerebbe alla base la sua stessa effettività: non potrebbe infatti autorizzare lo svolgimento di attività rischiose e contemporaneamente imputare ai suoi esercenti tutte le conseguenze lesive che prevedibilmente ne dovessero derivare. Invece, è l'ordinamento stesso ad accollarsi il rischio di tali eventi lesivi, purché il comportamento degli esercenti tali attività si mantenga entro il perimetro di liceità tracciato dalle regole cautelari che, sole, ne autorizzano lo svolgimento, determinando al contempo la misura del rischio consentito¹⁰¹.

proprio campo connaturale di operatività rispetto alle attività rischiose, giuridicamente autorizzate: a) perché solo rispetto a tali attività sono concepibili le regole cautelari, delimitanti l'autorizzazione giuridica delle medesime: «il rischio consentito»; b) perché solo rispetto ad esse è, conseguentemente, concepibile la possibilità di confidare sul rispetto delle regole cautelari da parte degli altri autori di attività rischiose, autorizzate e convergenti; c) perché rispetto alle attività rischiose, giuridicamente non autorizzate, è concepibile soltanto il dovere di astensione delle medesime, ma non lo svolgimento delle stesse in modo corretto». Con riferimento alla teoria del rischio consentito, oltre alla dottrina già in precedenza citata, cfr. G. MARINI, "Rischio consentito" e tipicità della condotta. *Riflessioni*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, II, pp. 539 e ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010; ID., *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*, in *Legisl. Pen.*, 2012, p. 117; C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, pp. 383 e ss.

¹⁰⁰ F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, *op. cit.*, p. 537.

¹⁰¹ F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, *op. cit.*, p. 537. L'Autore segnala tuttavia la problematica delimitazione dell'area del rischio consentito in ipotesi di colpa generica, nelle quali non vi è una predeterminazione positiva delle regole cautelari che si applicano allo svolgimento di una determinata attività, cosicché tale opera di perimetrazione del rischio grava problematicamente sull'interprete, in particolare sul giudice. In ambiti di colpa specifica, invece, sono le norme cautelari positive, incluse in leggi o autorizzazioni amministrative a delimitare con certezza il limite fra rischio autorizzato e rischio non autorizzato.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Sul piano della colpa, ciò comporta che il soggetto agente può essere raggiunto da un addebito di responsabilità solo nel caso in cui l'evento lesivo sia conseguenza della violazione di una regola cautelare deputata a disciplinare l'attività rischiosa di volta in volta in questione mantenendola entro i limiti in cui è autorizzata, cioè entro i limiti in cui il rischio derivante dal suo esercizio è tollerato e, di conseguenza, consentito; l'evento che dovesse derivare comunque, nonostante il rispetto da parte di tutti i soggetti interagenti delle regole cautelari loro riferibili, dovrebbe invece considerarsi atipico. In altre parole, la teorica del "rischio consentito" funge da limitazione della tipicità colposa in tutte quelle attività rischiose ma autorizzate: è tipico – e punibile – il fatto che deriva dalla violazione delle regole di condotta che permettono di eliminare o contenere il rischio immanente ad una certa attività¹⁰².

Se, dunque, gli eventi lesivi occorsi nonostante il pieno rispetto delle *leges artis* devono considerarsi atipici, da ciò deriva che la mera individuale osservanza delle *leges artis*, in tali frangenti, determina la totale esenzione da responsabilità per eventi lesivi che possano comunque derivarne, anche per effetto della condotta colposa di altri soggetti interagenti. Quindi – trasportando il discorso nell'ambito dello svolgimento plurisoggettivo di un'attività rientrante nel campo del rischio consentito – il soggettivo rispetto delle regole cautelari determina la possibilità, per

¹⁰² In giurisprudenza, anche al di là del settore della responsabilità medica, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 27 novembre 2012, n. 4955, Venturini, in C.E.D. Cass., n. 255012: «Non è configurabile la responsabilità – in ordine al reato di lesioni colpose – nei confronti dell'animatore di un centro vacanze, il quale, al fine di rendere inoffensivo il comportamento irregolare e pericoloso del minore sottoposto alla sua vigilanza e che aveva contravenuto all'ordine di fermarsi, lo rincorra e, a causa dell'improvvisa caduta dello stesso minore, gli cada addosso, procurandogli lesioni, trattandosi di attività di cosiddetto rischio consentito, in quanto tale ineliminabile e comunemente accettato, in cui è escluso l'elemento oggettivo della colpa». Nell'ambito della responsabilità medica, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, Calabrò e altro, in C.E.D. Cass., n. 242831: «In tema di responsabilità per colpa medica, "rischio consentito" (o aggravamento del "rischio consentito") non significa esonero dall'obbligo di osservanza delle regole di cautela, ma rafforzamento di tale obbligo in relazione alla gravità del rischio, che solo in caso di rigorosa osservanza di tali regole potrà effettivamente ritenersi consentito per quella parte che non può essere eliminata. (Fattispecie nella quale due medici avevano, per negligenza, consentito ad un paziente affetto da gravi problemi psichici, l'esercizio di un'attività pericolosa, ovvero l'uso delle armi: il paziente aveva ucciso due persone, ne aveva ferite quattro e poi si era suicidato)»; su questo specifico punto, cfr. C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione*, op. cit., pp. 392 e ss. Relativamente al ruolo delimitativo dell'area del rischio consentito svolto dalle c.d. *leges artis* relativamente al settore medico-chirurgico, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 20 gennaio 2004, n. 32901, Marandola e altro, in C.E.D. Cass., n. 229069: «In tema di colpa professionale del medico, il concreto e personale espletamento di attività da parte dello specializzando comporta pur sempre l'assunzione diretta, da parte sua, della posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con quella che fa capo a chi le direttive impartisce, secondo i rispettivi ambiti di pertinenza e di incidenza; anche sullo specializzando incombe pertanto l'obbligo di osservanza delle "leges artis" che hanno come fine la prevenzione del rischio non consentito. (Nella specie la Corte ha ritenuto che lo specializzando non fosse esente da responsabilità non avendo egli valutato l'errore nella direttiva impartitagli dal primario – con lui in sala operatoria)».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

chi versi in tale situazione, di disinteressarsi completamente del fatto che anche gli altri soggetti con cui si trova a cooperare rispetteranno le regole di diligenza loro riferibili, perché comunque il soggetto che si mantiene entro i confini del rischio consentito non risponde di un evento lesivo, comunque verificatosi, in quanto nei suoi confronti atipico.

Il che equivale ad ammettere la vigenza del principio di affidamento, in quanto, in definitiva, ciascuno può preoccuparsi unicamente di rispettare le regole di diligenza esigibili nei propri confronti e non curarsi, legittimamente, del fatto che anche gli altri facciano altrettanto¹⁰³.

In breve: il principio di affidamento costituisce applicazione del rischio consentito nello svolgimento di attività rischiose ma autorizzate perché socialmente utili; ciò, in quanto il rispetto delle *leges artis* che mantengono lo svolgimento di tale attività entro i limiti del rischio consentito, integrate dalle ulteriori conoscenze specifiche di cui l'agente concreto fosse portatore in relazione a rischi percepibili nella situazione concreta in cui si trova ad operare, implica il legittimo affidamento che anche gli altri consociati con cui si entri in contatto o con cui si cooperi le rispetteranno; da ciò consegue, inoltre, che gli eventi che derivano dall'esercizio dell'attività rischiosa, rispettoso delle *leges artis* e di ciò di cui l'agente è specificamente venuto a conoscenza, non sono imputabili all'agente in quanto atipici¹⁰⁴.

Ad una tale ricostruzione del fondamento del principio di affidamento, pur meritoria in quanto ne indaga il fondamento dogmatico – correttamente – nell'ambito del reato colposo, sono state mosse alcune decisive obiezioni.

¹⁰³ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 69 e ss.

¹⁰⁴ M. C. BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, op. cit., p. 203; Per una applicazione giurisprudenziale di tale ricostruzione, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, Minunno, cit.: «Il principio di affidamento costituisce applicazione del principio del rischio consentito: 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 di affidamento, 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: esso è stato efficacemente definito come una vera e propria pietra angolare della tipicità colposa. 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 atterra alle regole cautelari che disciplinano la sua attività».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Anzitutto, così inteso, il principio dell'affidamento appare «fortemente antisolidaristico»¹⁰⁵: come sopra precisato, sarebbe sufficiente l'osservanza delle norme di diligenza a dispensare ogni soggetto da qualsiasi considerazione circa il comportamento degli altri con cui si trovi a cooperare. Allo scopo di temperare tale aspetto, si è suggerito di arricchire il giudizio di colpa di un ulteriore elemento: il giudizio di colpa deve contemplare, oltre alla verifica del rispetto delle *leges artis* che normalmente perimetrano la sfera del rischio consentito in relazione ad una determinata attività, anche se l'agente concreto conoscesse (o dovessero conoscere, in forza di concreti indizi) circostanze che potessero renderlo edotto del riconoscibile rischio di produzione dell'evento tipico. La percezione del pericolo derivante dalla condotta altrui ha la funzione di rimodulare l'area di rischio consentito in capo a chi lo percepisca, con l'effetto del sorgere, in capo a chi versava in affidamento, di un obbligo di diligenza, rivolto a neutralizzarne le conseguenze¹⁰⁶. Se il soggetto che percepisse il rischio concreto di verificazione dell'evento non adeguasse la propria condotta allo scopo di evitarlo, non permarrebbe nell'area di rischio autorizzato così ripermetrata e dunque, per tale motivo, risponderebbe dell'evento occorso.

In senso critico, si è inoltre ritenuto¹⁰⁷ che questa concezione dell'affidamento come ipotesi peculiare del criterio del “rischio consentito” giunge, in definitiva, a negare vita propria all'affidamento stesso, in quanto la sua operatività dipenderebbe unicamente dal rispetto individuale delle *leges artis* e sarebbe applicabile solo a chi versi in tale situazione. L'affidamento avrebbe la fisionomia, quindi, di un mero riflesso negativo del rischio consentito: chi rispetta le *leges artis* può disinteressarsi del fatto che l'evento lesivo possa derivare da altri fattori, compresa la condotta colposa altrui. L'affidamento non potrebbe considerarsi, quindi, contrariamente a quanto affermato dalla giurisprudenza fin dalle prime applicazioni del principio, una aspettativa giuridicamente tutelata.

¹⁰⁵ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 71. F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 157; D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, op. cit., p. 987.

¹⁰⁶ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 73.

¹⁰⁷ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 75.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Ancora, inquadrare l'affidamento nell'ambito del rischio consentito equivarrebbe a limitarne l'ambito applicativo ai soli contesti leciti. Ne dovrebbe conseguire che chi versa in colpa, esulando dall'area del rischio consentito, non potrebbe validamente invocare l'affidamento sulla correttezza della condotta altrui. Ma in tal caso la coerenza e l'efficacia delle regole cautelari ne risulterebbe relativizzata, dipendendo dalla soggettiva spontanea osservanza dei consociati: assurdamente, chi si trovi ad interagire con un soggetto che versa in colpa non dovrebbe considerarsi tenuto ad osservare una diligenza supplementare per "compensare" l'altrui negligenza, a meno di non accogliere il correttivo sopra proposto dell'integrazione nel giudizio di colpa delle superiori conoscenze causali del soggetto considerato.

In realtà, la tutela del principio di affidamento è tutela di una aspettativa nel corretto comportamento altrui, intesa come dato preesistente alla mera osservanza dei doveri cautelari di uno specifico individuo; aspettativa che, in quanto tale, vive di «autonoma vita propria»¹⁰⁸ perché fondata sull'esistenza stessa delle regole cautelari e sulla pretesa dell'ordinamento – e di conseguenza, dei singoli consociati, nei loro rapporti intersoggettivi – al loro rispetto. L'affidamento sul rispetto delle regole cautelari, quindi, preesiste al comportamento diligente di chiunque e non ne costituisce effetto. Inoltre, il fatto che il principio di affidamento derivi dal rispetto generalizzato delle regole cautelari ha come ulteriore conseguenza il fatto che ciascuno può legittimamente attendersi da altri un determinato comportamento conforme a diligenza e, correlativamente, ne risulta perimetrata anche l'entità dell'obbligo di cautela gravante su chi versi in affidamento, il quale potendosi aspettare l'altrui comportamento conforme a diligenza non è tenuto dal canto suo ad adeguare il proprio alla prevenzione di eventi lesivi.

III. 4. 2. [Il principio di autoresponsabilità] La necessità di svincolare il principio dell'affidamento dalla teoria del rischio consentito ha indotto la dottrina, in

¹⁰⁸ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 75.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

particolare quella di lingua tedesca¹⁰⁹ a rintracciare tale base nel principio di «autoresponsabilità»¹¹⁰.

Pur con varietà di accenti, le teorie che muovono da questo presupposto concordano sul fatto che l'esenzione da responsabilità del soggetto diligente per eventi lesivi cagionati da condotte imprudenti altrui derivi dal dovere che tutti i consociati hanno di sottostare alle pretese dell'ordinamento giuridico. È possibile ritenere che chiunque rispetti le pretese che l'ordinamento rivolge nei suoi confronti, in quanto ognuno agisce nel traffico giuridico come un soggetto responsabile. Da ciò – come sostenuto da autorevole dottrina tedesca¹¹¹ – deriva una aspettativa sociale giuridicamente tutelata circa la correttezza – cioè, la conformità alle regole cautelari di volta in volta rilevanti – del comportamento altrui¹¹². Le norme giuridiche, comprese le regole cautelari, contengono sempre, implicitamente o esplicitamente un riparto delle sfere di responsabilità fra soggetti che si trovino ad interagire in un dato contesto. Questo dato normativo, unito al fatto che sia rivolto a soggetti che devono presumersi autoresponsabili, comporta una rigida ripartizione delle sfere di responsabilità: il principio di affidamento limita i doveri cautelari ai rischi derivanti dalla condotta individuale di ciascuno, mentre si è di regola esonerati

¹⁰⁹ Cfr. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 87 e ss. per gli opportuni riferimenti alla dottrina tedesca.

¹¹⁰ Nella dottrina italiana, il fondamento del principio di affidamento su quello di autoresponsabilità è stato sostenuto da F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, op. cit., pp. 154 e ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, op. cit., p. 543; ID, *Diritto penale*, op. cit., p. 353; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 513; P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999, pp. 106 e ss.

¹¹¹ G. STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961, citato da M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 96 e ss.

¹¹² M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 87 e ss.; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, op. cit., p. 170: «[...] il riferimento al principio della personalità dell'illecito ed alla sfera di responsabilità di ogni soggetto che sia capace di autodeterminarsi, impongono di considerare come criterio base quello per il quale una responsabilità per comportamenti illeciti di terze persone va di regola esclusa»; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, op. cit., p. 513: «Il rispetto del principio di affidamento è [...] imposto dalla esigenza di circoscrivere l'ambito del dovere obiettivo di diligenza entro limiti il più possibile compatibili col carattere "personale" della responsabilità penale: in altri termini, se si presuppone in ciascun individuo capace di intendere e volere l'attitudine ad una "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 [...] di impedire che realizzino comportamenti pericolosi terze persone altrettanto capaci di scelte responsabili».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

da responsabilità per fatti lesivi derivanti da comportamenti altrui ugualmente autoresponsabili¹¹³.

Il concetto di autodeterminazione, che si assume carattere proprio di ogni consociato, sembra consistere nella capacità di ciascuno di orientare le proprie scelte verso il rispetto delle prescrizioni imposte dall'ordinamento giuridico¹¹⁴. L'aspettativa che ognuno è autorizzato a riporre circa l'altrui diligenza deriverebbe dal fatto che l'ordinamento pretende da ogni soggetto autoresponsabile, in egual misura, la conformazione del suo comportamento ai precetti cautelari posti dall'ordinamento stesso: è il congiunto combinarsi fra cogenza generalizzata dei precetti e autoresponsabilità, da presumersi esistente in ogni consociato, a legittimare qualsiasi soggetto che si trovi a cooperare con altri ad aspettarsi una condotta diligente da parte sua. Sullo sfondo, una chiara ascendenza indeterministica: il diritto penale può legittimamente sanzionare solo condotte offensive che siano frutto di scelte libere e consapevoli, quindi responsabili. È il diritto penale, in breve, a fondarsi sul principio di autoresponsabilità¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. ancora le chiare parole di F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, op. cit., pp. 150 e ss.: «[...] una responsabilità per comportamenti illeciti di terze persone deve considerarsi eccezionale e, pertanto, quando la norma cautelare non vi faccia esplicito riferimento, deve essere esclusa. Tale regola, oltre che nel principio generalissimo del *favor rei*, trova il suo specifico fondamento nella circostanza che, in un ordinamento come il nostro, basato sulla natura personale della responsabilità penale, quando la produzione di un evento lesivo costituisce il risultato delle condotte di più soggetti, ciascuno dei quali è capace di autodeterminarsi in maniera responsabile, non solo può essere affermata la responsabilità di ognuno per il proprio comportamento ma si può anche individuare una corrispondente delimitazione delle rispettive sfere di responsabilità. Poiché in ogni soggetto viene presupposta un'autonoma capacità di autodeterminazione ciascuno di essi è tenuto ad orientare il proprio comportamento in maniera tale da non porre direttamente in pericolo il bene tutelato e non anche in maniera tale da evitare che un altro faccia ciò».

In giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. IV, 18 marzo 2004, n. 24049, Montemagno, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, op. cit., p. 62: «Nel caso di ripartizione degli obblighi tra più soggetti, il principio di affidamento implica che colui che si affida (volontariamente o per una scelta del paziente) non possa essere automaticamente ritenuto responsabile delle autonome condotte del soggetto cui si è affidato; e ciò in base al principio di autoresponsabilità. Non esiste infatti un obbligo di carattere generale di impedire che terzi, responsabili delle loro scelte, realizzino condotte pericolose. Tuttavia, nel caso in cui l'affidante ponga in essere una condotta causalmente rilevante, la condotta colposa del affidato, anch'essa con efficacia causale nella determinazione dell'evento, non vale ad escludere la responsabilità del primo in base al principio dell'equivalenza delle cause e dell'efficacia non esclusiva della causa sopravvenuta».

¹¹⁴ F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, op. cit., p. 543: «[...] il principio dell'autoresponsabilità [...] sta ad indicare l'ovvia verità: 1) che ciascun soggetto è tenuto all'osservanza delle norme cautelari concernenti le attività rischiose, da lui poste in essere, poiché tali norme cautelari tutelano solo parzialmente il bene giuridico [...]; 2) che ciascun soggetto risponde degli eventi dannosi derivanti dalla inosservanza delle rispettive regole cautelari».

¹¹⁵ H. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, p. 11, citato da M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento*, op. cit., pp. 103 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Questa aspettativa può essere legittimamente affermata, peraltro, finché non emergano indizi concreti e riconoscibili tali da inficiare la suddetta aspettativa nei confronti dell'agente e a determinare l'insorgenza, in capo a chi con lui venga in contatto, di doveri secondari di diligenza¹¹⁶.

Sono proprio i limiti al principio di affidamento¹¹⁷ a porre difficoltà interpretative con riferimento al principio di autoresponsabilità. Il principio di affidamento dovrebbe venire meno solo nel caso in cui il soggetto con cui si interagisce non garantisca il corretto assolvimento delle proprie incombenze in quanto riconoscibilmente incapace di autodeterminarsi liberamente. Il che limiterebbe l'applicabilità dell'affidamento solo in casi eccezionali: bambini, individui visibilmente incapaci di intendere e di volere, e altri casi simili.

Anche il limite all'operatività del principio di affidamento rappresentato dalla riconoscibile inaffidabilità del soggetto con cui si coopera non trova soddisfacente spiegazione nel principio di autoresponsabilità. Ipotizzare in tal caso l'inapplicabilità del principio di affidamento – come sembra corretto – significa equiparare il soggetto (potenzialmente) negligente, imprudente o imperito ad un soggetto incapace di autodeterminarsi. Ma è evidente che la mera possibilità di non ottemperare ad uno standard cautelare non vale a qualificare un individuo come incapace di autodeterminarsi responsabilmente¹¹⁸.

III. 4. 3. [Attuale concezione sul fondamento teorico-dogmatico del principio di affidamento] Attualmente, il punto fermo da cui la dottrina parte per

¹¹⁶ Cfr. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, *op. cit.*, p. 151, secondo il quale, se così non fosse, cioè se si addossassero a ciascuno le conseguenze delle condotte colpose frutto della consapevole autodeterminazione di terzi, si giungerebbe ad ipotizzare casi di responsabilità oggettiva, in violazione dell'art. 27, comma 1 Cost. Sui doveri secondari di diligenza, cfr. già G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, p. 220; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1980, pp. 63 e ss.; recentemente, C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, *op. cit.*, pp. 2838 e ss.

¹¹⁷ M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, *op. cit.*, pp. 1195 e ss.

¹¹⁸ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, p. 107, il quale evidenzia che, nella prospettiva adottata da Schumann, il principio di autoresponsabilità determina una ripartizione rigida delle sfere di competenza e responsabilità fra vari soggetti interagenti; pertanto non si spiega, sulla base dell'autoresponsabilità come presupposto dell'affidamento, come possa la percezione dell'altrui errore modificare il riparto di competenze e responsabilità normativamente fissate. E infatti, l'Autore tedesco sostiene comunque la sussistenza fra i soggetti interagenti di un dovere di attenzione teso a evitare pericoli riconoscibili, il che contraddice platealmente il principio di autoresponsabilità, che non può quindi fondare il principio di affidamento.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

individuare il fondamento dogmatico del principio di affidamento è la considerazione secondo cui, in caso di attività plurisoggettiva, ciascuno dei partecipi può legittimamente partire dal presupposto che tutti coloro con cui si trovi ad interagire si conformino alle richieste di diligenza ad essi normativamente rivolte dall'ordinamento. Tale aspettativa poggia sul fatto che tutti i consociati, facenti parte del medesimo ordinamento, devono considerarsi assoggettati alle prescrizioni di comportamento che questo rivolge indistintamente ad ogni soggetto¹¹⁹.

Il problema, dunque, è comprendere quale sia il fondamento di tale aspettativa che l'ordinamento ripone nell'osservanza delle proprie norme.

La dottrina italiana ha trattato il tema dell'affidamento nell'alveo che più gli è consono, ovvero quello della colpa, precisamente nell'ambito dell'individuazione della sussistenza di limiti ai doveri di diligenza nel caso di attività plurisoggettive. Se ogni consociato è vincolato al rispetto di obblighi cautelari che disciplinano la specifica attività che svolge, in prospettiva plurisoggettiva sono configurabili obblighi cautelari che hanno ad oggetto la condotta di altri soggetti con cui si interagisce?

La risposta che la dottrina maggioritaria¹²⁰ offre a tale interrogativo è negativa. Per effetto della vigenza, nelle relazioni intersoggettive, del principio di affidamento, non possono considerarsi esistenti – normalmente e salvo eccezioni – obblighi cautelari aventi ad oggetto la condotta altrui¹²¹.

Il fondamento di una soluzione di questo genere, sgombrato il campo dagli equivoci cui conducono le ricostruzioni sopra succintamente tratteggiate relative al

¹¹⁹ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 101.

¹²⁰ Cfr. G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, op. cit., pp. 193 e ss.; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, op. cit., pp. 150 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, op. cit., p. 513 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., pp. 237 e ss.

¹²¹ S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 729: «Il c.d. principio di affidamento vige come regola intersoggettiva primaria, ossia come principio criteriologico: ciascuno può e anzi deve fare affidamento sul corretto comportamento altrui perché e nella misura in cui le sfere di competenza sono *ab origine* divise. Quindi, di regola sono esclusi obblighi rivolti al comportamento di terzi». Regola che in determinati casi diviene un vero e proprio obbligo di affidamento nel corretto disimpegno da parte di ciascuno dei propri doveri cautelari allo scopo di ottimizzare i risultati organizzativi. Sul punto, A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, op. cit., p. 477; ID., *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, pp. 1634 e ss.

“rischio consentito” e al “principio di autoresponsabilità”, viene generalmente rinvenuto nella struttura del reato colposo.

Le attività rischiose socialmente utili possono essere esercitate solamente se sono rispettati standard cautelari ai quali l’ordinamento vincola la stessa autorizzazione all’esercizio dell’attività; ciò in quanto, come visto in precedenza, solo il rispetto delle regole cautelari permette di mantenere la latenza del rischio entro margini di tollerabilità socialmente adeguati.

Da ciò consegue, più in generale, che la moderna configurazione della colpa in senso normativo – incardinata, sotto il profilo della tipicità, sulla violazione di regole obiettive a contenuto cautelare – consente di strutturare lo svolgimento di attività rischiose socialmente utili secondo modelli comportamentali il cui rispetto è imposto – quindi, è atteso – dall’ordinamento giuridico. Precisamente, lo svolgimento di tali attività deve avvenire nel rispetto di parametri cautelari standardizzati, impersonati – settore per settore – dalla figura ideale del c.d. agente-modello di riferimento: il c.d. *homo eiusdem professionis et conditionis*¹²².

Se l’ordinamento impone il rispetto delle regole cautelari – perché i rischi derivanti dallo svolgimento di attività pericolose siano mantenuti entro il consentito – significa che se ne attende l’osservanza dai consociati e dunque – spostando il punto di vista dallo Stato al cittadino – ciascuno è obbligato a conformare la propria condotta alle aspettative dell’ordinamento¹²³.

¹²² Nella vastissima letteratura sul punto, cfr. G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., p. 237: «Il riferimento alla c.d. “figura modello” è [...] il criterio solitamente utilizzato da dottrina e giurisprudenza per rivestire di contenuto quella “violazione della diligenza” che si è visto essere il nucleo della tipicità colposa. [...] La “diligenza richiesta nei traffici” si determina cioè in base al punto di vista *ex ante* dell’uomo “coscienzioso e avveduto” del circolo di rapporti cui appartiene l’agente o in generale “più vicino” all’agente». Si tratta di «una misura oggettiva-normativa; una sorta [...] di “personificazione dell’ordinamento giuridico nella situazione concreta”». Non si tratta di un’unica figura, «ma “tante” quanti sono i gruppi sociali e i circoli di rapporti». Cfr. altresì F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, op. cit., pp. 95 e ss.; ID., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., pp. 220 e ss.; V. ATTILI, *L’agente-modello “nell’era della complessità”: tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, pp. 1240 e ss.. Con specifico riferimento all’attività medica e per gli ulteriori opportuni riferimenti, cfr. D. MICHELETTI, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di) *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, pp. 247 e ss.; D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, op. cit., pp. 960 e ss. Nella manualistica, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 346; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 510.

¹²³ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., p. 241: «Ciò che conta [...] perché il soggetto sia chiamato ad adeguarsi agli standard del gruppo, è la spontanea assunzione obiettiva [...] dell’attività corrispondente. È tale assunzione che «garantisce» e, dunque, per ciò che riguarda specificamente il campo penale, crea l’affidamento che il soggetto si adeguerà alla misura di diligenza richiesta dal circolo di rapporti e che avrà le

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Ora, affermare che ogni consociato sia vincolato al rispetto delle regole precauzionali che volta per volta vengono in rilievo – in modo da soddisfare l’aspettativa dell’ordinamento al rispetto delle proprie norme – equivale a fondare una corrispondente aspettativa “orizzontale”, valevole nei rapporti intersoggettivi fra consociati. Ciascuno può confidare nel rispetto altrui degli standard cautelari di riferimento perché anche nei suoi confronti, come nei confronti di tutti i consociati, l’ordinamento avanza la pretesa al rispetto delle regole cautelari che, sole, permettono l’esercizio di attività pericolose socialmente utili¹²⁴.

Inteso in tal modo, il principio di affidamento ha una funzione di perimetrazione degli obblighi di diligenza gravanti su ciascuno, nei casi in cui si agisca in contesti interattivi: ciascuno è tenuto al rispetto dei doveri esigibili nei suoi confronti e tali doveri cautelari, di regola, non contemplano la previsione e neutralizzazione di altrui condotte inosservanti¹²⁵.

Il fondamento di tale aspettativa viene visto, secondo la dottrina in precedenza citata, nel fatto stesso di intraprendere una certa attività pericolosa¹²⁶:

capacità per farlo. Ciò servirà come termine di riferimento per determinare i limiti del «dovere di riconoscere» gravante su altri soggetti [...]. Nell’ambito della teoria della colpa si parla, appunto, di principio di affidamento [...]: esso svolge un ruolo di rilievo nel precisare e delimitare la misura della diligenza dovuta da ciascuno; questa sarà comunque quella dettata dall’aspettativa che tutti gli altri soggetti con i quali la propria condotta verrà a contatto si atterranno alla diligenza».

¹²⁴ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 513.

¹²⁵ A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, op. cit., 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».

¹²⁶ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, op. cit., *ibidem*; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., p. 241 e ss., il quale evidenzia come la riconducibilità dell’attività compiuta a determinati circoli di rapporti, con applicazione del relativo standard cautelare scatta «soltanto con l’esercizio effettivo dell’attività corrispondente»; «Ciò che conta, [...] perché il soggetto sia chiamato ad adeguarsi agli standard del gruppo, è la spontanea assunzione obiettiva [...] dell’attività corrispondente. È tale assunzione che [...] crea l’affidamento che il soggetto si adeguerà alla misura di diligenza richiesta dal circolo di rapporti e che avrà le capacità per farlo».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

ciò equivarrebbe, per chi la pone in essere, a garantirne l'effettiva conformità al *quantum* di diligenza che per essa si pretende¹²⁷.

La dottrina più recente ¹²⁸ ha precisato ulteriormente l'orientamento interpretativo in commento, ritenendo che sia necessario fondare il principio di affidamento non tanto su un'*aspettativa sociale* a che ogni consociato commisuri il proprio comportamento agli standard cautelari di riferimento, ma su un'*aspettativa* propriamente *giuridica*.

Anche secondo questa ricostruzione, il tema del fondamento dogmatico del principio di affidamento deve essere affrontato nell'ambito della struttura della colpa. A differenza dell'orientamento precedente, fondato sul concetto di agente-modello e sulla necessità sociale prima ancora che giuridica di rispettare lo standard cautelare che sintetizza, questa teorica prende le mosse dalla valorizzazione del c.d. «momento omissivo della colpa»¹²⁹.

Si parte dal presupposto per cui ogni reato colposo si configura, strutturalmente, come omissione della cautele doverose nello specifico contesto operativo che di volta in volta viene in considerazione. Il richiamo al concetto di omissione permette di dare valenza giuridica all'aspettativa che l'ordinamento (*in primis*) e i consociati nei loro rapporti intersoggettivi (*in secundis*) ripongono nel

¹²⁷ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, p. 135, il quale confuta la bontà di tale impostazione muovendo dal limite che comunque si riconosce all'operatività del principio di affidamento, cioè il riconoscibile rischio dell'altrui inosservanza. Questo, già sotto il profilo logico, equivarrebbe ad affermare che la semplice intrapresa di una determinata attività da parte di un soggetto non permette di ritenere, per ciò solo, che quello specifico soggetto si atterrà sicuramente agli obblighi di diligenza lui riferibili, ma solo che il loro rispetto gli è imposto dall'ordinamento.

¹²⁸ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, pp. 139 e ss.

¹²⁹ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, pp. 139, anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina tedesca: «Punto di partenza [...] deve essere l'assunto [...] che al fatto realizzato colposamente sia essenziale una componente omissiva [...]. Ciò che viene omesso è [...] (l'impiego del) la diligenza richiesta onde evitare lesioni ai beni giuridici di volta in volta protetti». L'Autore precisa che il momento omissivo della colpa è presente anche in quelle ipotesi in cui «l'unica *forma* che la diligenza richiesta può concretamente assumere, allo scopo di conseguire il risultato – cioè la prevenzione di un determinato evento dannoso – in funzione del quale è prescritta, è quella della completa astensione dallo svolgimento di una data attività», ipotesi in cui la violazione del dovere cautelare consiste in un *facere* positivo. Tuttavia la sostanza non cambia: anche nel caso in cui si compia un'azione positiva vietata normativamente si sta omettendo la diligenza imposta e dovuta.

Sullo specifico tema del “momento omissivo” nel più generale ambito della teoria della colpa, cfr. F. GIUNTA, *Illecito e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, pp. 92 e ss.: «[...] è difficilmente contestabile che il concetto di violazione della diligenza doverosa presenti un profilo omissivo. [...] La dimensione omissiva della negligenza [...] esprime la componente deontologica del dovere di diligenza e della regola cautelare che lo specifica, potendosi cogliere solo muovendo dall'aspettativa di un comportamento diligente»; A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989, pp. 117 e ss.; nella manualistica, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, pp. 572 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

rispetto da parte di ciascuno dei doveri cautelari imposti. Si parla di omissione, infatti, quando venga delusa un'aspettativa giuridica circa il compimento di un comportamento doveroso. In tal senso, il reato colposo, ricostruito come omissione della diligenza dovuta, implica sempre la delusione dell'aspettativa dell'ordinamento circa il rispetto delle regole cautelari da parte di chi svolga attività rischiose.

Ecco dunque che l'aspettativa sociale relativa al rispetto degli standard cautelari vanta, in questa prospettiva, un più preciso fondamento giuridico: l'aspettativa sociale si traduce in una aspettativa giuridica, la quale a sua volta si traduce nel momento omissivo insito in ogni forma di colpa.

Se l'ordinamento si aspetta da ciascuno dei consociati il rispetto delle regole cautelari, è chiaro che tale aspettativa si riflette anche nei rapporti intersoggettivi fra coloro che interagiscono nello svolgimento di un'attività pericolosa: ciascuno potrà confidare sul fatto che coloro con cui interagisce rispetteranno le cautele doverose (in quanto l'ordinamento ne pretende l'osservanza) e di conseguenza potrà modulare la propria condotta sulla base di questa aspettativa giuridica¹³⁰.

Tale aspettativa – che, in questa prospettiva, costituisce il nucleo del principio di affidamento – è meritevole di tutela perché, se così non fosse, l'effettività dell'ordinamento giuridico e la vincolatività delle sue norme sarebbero vanificate: ciascuno dovrebbe presupporre che gli altri consociati potrebbero non rispettare le norme loro imposte e ciò dovrebbe essere oggetto di continua e specifica verifica¹³¹.

¹³⁰ M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, *op. cit.*, p. 1054; in senso sostanzialmente adesivo, cfr. S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 730, i quali evidenziano come il fondamento normativo del principio di affidamento debba rinvenirsi nell'art. 3 Cost.: «le regole dell'ordinamento, anche quelle cautelari, valgono per tutti, quindi è legittimo attendersene il rispetto da parte degli altri consociati».

¹³¹ Conclusivamente può citarsi l'impostazione seguita da F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, *op. cit.*, pp. 536 e ss., il quale limita il campo di applicazione del principio di affidamento alle sole attività rischiose giuridicamente autorizzate, quindi alle aree di rischio consentito presenti nel nostro ordinamento. Relativamente a tali attività sarebbe configurabile una particolare ipotesi di colpa c.d. "speciale" – contrapposta alla colpa c.d. "comune", relativa ad attività rischiose non autorizzate, in cui non sarebbero concepibili regole cautelari in quanto nessuna misura di rischio è consentita e, dunque, tali attività sono radicalmente vietate per effetto della mera norma incriminatrice –, caratterizzata dall'inosservanza delle regole cautelari che contengono il rischio entro l'area della liceità e nella prevedibilità ed evitabilità dell'evento «da rischio non consentito», cioè conseguente all'aumento di rischio illecito determinato dalla violazione cautelare. Solo in relazione a tale ipotesi sarebbe configurabile un ambito di applicazione per il principio di affidamento, perché solo in relazione ad attività riconducibili al concetto di rischio consentito – a differenza di quelle producenti un rischio comunque illecito perché inutile, rispetto alle quali l'unica norma di contrasto ipotizzabile è l'astensione – sono concepibili regole cautelari capaci di delimitare l'autorizzazione

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. 4. 4. [Fondamento teorico-dogmatico del principio di affidamento: conclusioni] Possiamo quindi affermare che, secondo l'attualmente dominante concezione del principio di affidamento, questo poggia sui pilastri dell'agente-modello e del rischio consentito: questi determinano un'aspettativa dell'ordinamento giuridico rispetto ai singoli consociati, giuridicamente fondata sul momento omissivo della colpa, a che questi rispettino le regole cautelari che disciplinano lo svolgimento di determinate attività per contenerne i rischi; se ogni consociato è tenuto a rispettare le regole cautelari riferibili all'attività che svolge, parimenti – in un contesto ad interazione plurisoggettiva – ciascuno potrà confidare che coloro con cui coopera rispetteranno le regole loro imposte.

Ciò determina una conseguenza fondamentale. Ciascuno, in contesti interattivi, può presupporre l'altrui diligenza e, quindi, potrà conformare il proprio comportamento sulla base di questa legittima aspettativa. Ciascuno dovrà evitare i rischi derivanti dalla propria attività senza preoccuparsi dei rischi derivanti dalla attività altrui, che può presumersi svolta correttamente, quindi rientrante nei margini del rischio consentito.

Appare chiara, quindi, la funzione del principio di affidamento: funge da vera e propria «pietra angolare della tipicità colposa»¹³² perché contribuisce a delimitare l'ampiezza dei doveri cautelari gravanti su ciascuno, non contemplando questi, di regola, i rischi derivanti dallo scorretto agire altrui. L'affidamento ha la funzione di garantire uno spazio di libertà d'azione¹³³ nei contesti interattivi, garantendo – salvo eccezioni – che ognuno non dovrà badare a che i soggetti con cui viene in contatto si atterrano o meno ai doveri cautelari loro imposti.

In tal modo, il principio di affidamento si pone come diretta applicazione pratica del principio di personalità della responsabilità penale, intesa come responsabilità «per fatto proprio», *ex art. 27, comma 1 Cost.*: di regola non sono configurabili doveri cautelari estesi al controllo e alla neutralizzazione di condotte

giuridica delle medesime ed è conseguentemente concepibile un affidamento sul rispetto da parte degli altri compartecipi in attività rischiose convergenti del rispetto delle regole cautelari.

¹³² G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, *op. cit.*, p. 282.

¹³³ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, *op. cit.*, pp. 273 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

altrui rischiose, quindi – almeno tendenzialmente – ciascuno risponde solo degli eventi lesivi che siano concretizzazione della violazione cautelare che gli è imputabile. Inteso in questo senso, il principio di affidamento funge da «regola intersoggettiva primaria»¹³⁴ capace di regolare di volta in volta, nelle interazioni sociali, il “carico” cautelare gravante su ciascun consociato. Deve intendersi come criterio di selezione dei doveri cautelari in concreto gravanti su ciascuno, operante in via generale, fatta salva la eccezionale riconoscibilità dell'altrui comportamento imprudente¹³⁵, ed in modo doveroso: «si può e si deve fare affidamento sul corretto comportamento altrui perché e nella misura in cui le sfere di competenza sono *ab origine* divise»¹³⁶. In altre parole, il principio di affidamento sul corretto comportamento altrui è a logica conseguenza del fatto che su i vari soggetti che si trovano, occasionalmente o “istituzionalmente”, ad interagire, gravano doveri cautelari diversi che determinano una diversa competenza rispetto al rischio che viene di volta in volta in rilievo; la sua non operatività è da considerarsi un'eccezione alla regola della normale irrilevanza dell'astrattamente prevedibile comportamento colposo altrui: l'affidamento non può trovare applicazione quando fra i doveri cautelari gravanti su un soggetto vi sia quello di “tenere conto” delle inosservanze altrui; e quando tale inosservanza sia comunque riconoscibile in concreto. Il principio di affidamento modella le cautele doverose: il comportamento altrui determina la propria condotta e le cautele cui deve conformarsi nell'interazione con altri soggetti¹³⁷.

III. 5. [Fondamento normativo del principio di affidamento] Rimane da verificare se il principio di affidamento, così ricostruito, abbia anche un solido fondamento normativo. Escludendo che esso sia un'applicazione particolare della teoria del rischio consentito o che tragga origine dal principio c.d. di

¹³⁴ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., p. 489.

¹³⁵ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., p. 491; M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 138 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., pp. 288 e ss.

¹³⁶ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., p. 491.

¹³⁷ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., p. 492.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

autoresponsabilità, dobbiamo verificare se la concezione attualmente dominante che fonda la tutela dell'affidamento sulla struttura della colpa, abbia basi normative.

Accogliendo l'impostazione sinteticamente richiamata *sub* III. 4. 3.) e considerando "empiricamente" l'assenza di disposizioni normative, sia di rango costituzionale che ordinario, che vi facciano espresso riferimento, concordiamo con quella dottrina che sostiene la desumibilità della tutela dell'affidamento da «un complesso di norme costituzionali»¹³⁸.

In particolare, il riferimento va agli artt. 54, comma 1, e 3, comma 1, Cost.

L'art. 54, comma 1, statuisce che «*tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi*». Questa norma positivizza la cogenza del diritto positivo rispetto ai cittadini e, quindi, il loro obbligo di conformare le proprie condotte in modo tale da essere conformi al diritto vigente; a questo obbligo corrisponde una aspettativa dell'ordinamento di uguale contenuto¹³⁹.

Questa considerazione, trasportata sul terreno della colpa, implica che «ciò di cui si attende il rispetto non sono soltanto regole legislative, ma anche sublegislative (regolamenti, ordini e discipline) e sociali (prudenza diligenza e perizia): tutte queste regole godono di rilevanza, in quanto il loro rispetto è postulato dalla nozione codicistica della colpa, contenuta in una norma di legge quale appunto l'art. 43 c.p.»¹⁴⁰.

Viene in rilievo anche l'art. 3 Cost.¹⁴¹. In forza del principio di uguaglianza, in esso consacrato, ogni cittadino può supporre che lo stesso vincolo che lo lega al rispetto dei precetti posti dall'ordinamento grava allo stesso modo anche su coloro coi quali si trova ad interagire; in questo modo, ciascuno può comportarsi, nelle

¹³⁸ M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, p. 454.

¹³⁹ M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, p. 454: «Al dovere di tutti i cittadini di osservare le leggi [...] non può che far da contrappunto un'aspettativa dell'ordinamento circa la loro effettiva osservanza da parte dei rispettivi destinatari».

¹⁴⁰ M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, p. 454. Nella manualistica, S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 436: «Il nucleo di questo principio trova fondamento costituzionale nell'art. 3, comma 1, della Carta costituzionale: proprio in forza del principio di uguaglianza, ogni consociato è autorizzato ad aspettarsi che l'ordinamento, così come esige da lui l'osservanza dei suoi doveri di diligenza, lo stesso pretenda pure nei confronti degli altri».

¹⁴¹ Art. 3, comma 1 Cost.: «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*». Il comma 2 aggiunge che «*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*».

interrelazioni sociali, presupponendo l'altrui rispetto degli obblighi di volta in volta rilevanti¹⁴².

Dunque dal combinato disposto degli artt. 54, comma 1, e 3, comma 1, Cost. emerge un avallo a livello costituzionale del nucleo centrale del principio dell'affidamento¹⁴³.

III. 6. [«Doveri divisi» e «doveri comuni»] Dopo le prime elaborazioni dottrinarie¹⁴⁴, attualmente il principio di affidamento sembra avere trovato un consenso tendenzialmente unanime come criterio-guida¹⁴⁵ capace di dirimere i problemi relativi alla individuazione dei soggetti effettivamente responsabili in caso di evento infausto verificatosi in esito allo svolgimento di un'attività plurisoggettiva estrinsecatasi secondo il criterio della divisione del lavoro¹⁴⁶.

Voci critiche si sono, però, levate presso la dottrina più recente¹⁴⁷. In particolare, si è ritenuto che le conclusioni legate all'applicazione del principio di affidamento «costituiscono in verità un tentativo di delimitare le sfere di responsabilità dei singoli soggetti troppo legato a criteri fattuali: quali la conoscenza delle capacità tecniche dei propri collaboratori, il grado di affiatamento del gruppo, ecc.»¹⁴⁸; tale concezione è stata ritenuta «lungi dal poter costituire generale punto di riferimento per la soluzione di tutti i problemi che sul piano dell'imputazione colposa quel tipo di processo lavorativo solleva¹⁴⁹» mentre parrebbe utilizzabile solo con riguardo alle singole ipotesi con riguardo alle quali essa è stata formulata.

¹⁴² M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 455: «posto che l'ordinamento si attende il rispetto della legge e, quindi, delle singole disposizioni in essa contenute ad opera di tutti i suoi destinatari; e che, in forza del principio di uguaglianza consacrato nell'art. 3, comma 1, Cost., ogni cittadino sa che, allo stesso modo in cui l'ordinamento si attende da lui il rispetto di determinate prescrizioni rivoltegli, così pure esso si attende dagli altri il conformarsi alle richieste di comportamento loro indirizzate, ne consegue che ognuno di essi potrà orientare la propria condotta attendendosi che – in forza delle aspettative riposte dall'ordinamento e della rispettiva uguaglianza di fronte allo stesso – gli altri si uniformino ai precetti loro imposti. In una parola, potrà fare affidamento circa la loro osservanza ad opera degli altri».

¹⁴³ In termini, F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, op. cit., p. 544.

¹⁴⁴ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, op. cit., passim.

¹⁴⁵ D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, op. cit., p. 984.

¹⁴⁶ Ciò, almeno nelle dichiarazioni di principio rinvenibili nella prassi. Riserviamo al prosieguo della trattazione l'analisi del suo reale ambito applicativo nella medicina d'équipe, con particolare riferimento ai suoi due limiti applicativi: a) l'esistenza di un obbligo di controllo sull'operato altrui gravante su uno dei cooperatori; b) la percezione del pericolo di una inosservanza cautelare altrui.

¹⁴⁷ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 294.

¹⁴⁸ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 294.

¹⁴⁹ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 294.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

I problemi segnalati riguardano, a ben vedere, il tema dei limiti all'applicazione di tale principio, tema che analizzeremo nel successivo capitolo con precipuo riferimento ai modelli generali di cooperazione medica che possono configurarsi. Secondo le prime teorizzazioni del principio di affidamento, infatti, questo non dovrebbe più trovare applicazione quando sussistano concreti elementi tali da far dubitare circa il fatto che colui con cui ci si trovi a cooperare rispetterà effettivamente lo standard di diligenza riferibile all'attività che svolge. Alla percezione di tali fattori, ogni medico si troverebbe ad essere gravato – oltre che dal proprio “obbligo primario” di diligenza, cioè l'obbligo di adempiere correttamente alle proprie specifiche mansioni – da un “obbligo cautelare secondario”, relativo alla vigilanza, al controllo e all'eventuale correzione del comportamento negligente altrui. In altre parole, alla percezione dei segnali tipici di una inosservanza cautelare altrui, colui che l'abbia percepita si trova onerato, in via secondaria ed eventuale, ad adeguare il proprio comportamento, tenendo conto della – altrimenti irrilevante – negligenza altrui. Ebbene, con riferimento a tale limite alla generale vigenza dell'affidamento nei rapporti interpersonali, si è ritenuto che l'impostazione fatta propria dalla dottrina più risalente identificasse le ipotesi in cui sorge tale obbligo secondario di adeguamento del proprio comportamento con criteri eccessivamente legati al caso concreto e, in quanto tali, insuscettibili di generalizzazione come si converrebbe ad un «principio» quale si afferma essere quello di affidamento.

Per pervenire ad una delimitazione più sicura delle sfere di responsabilità dei singoli soggetti, dunque, si è proposto «il riferimento a criteri che, pur non trascurando quei dati fattuali che la pratica della divisione del lavoro quotidianamente ci offre, presentino un grado di genericità ed astrattezza tale da consentirne l'utilizzabilità in un numero indefinito di ipotesi»¹⁵⁰.

Allo scopo di legare a parametri maggiormente certi il dovere di ciascun medico di rappresentarsi o prevedere le imprudenze altrui, si è introdotto un criterio di carattere normativo: la distinzione fra «doveri comuni» e «doveri divisi»¹⁵¹.

¹⁵⁰ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 294.

¹⁵¹ Distinzione di matrice tedesca, accolta in Italia da E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., *passim*; A. MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 128.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

«Comune» sarebbe il dovere imposto contemporaneamente ad alcuni partecipanti al gruppo (o a tutti), al fine di creare una “multipla garanzia” per il bene protetto, nel senso che l’ottemperanza diligente al dovere anche da parte di uno soltanto dei compartecipi sarebbe di per sé sufficiente a garantire al bene la protezione completa di cui necessita¹⁵². Gravando tali doveri comuni su tutti i cooperatori – a causa del riparto normativo di competenze che è tale da imporre lo stesso obbligo a tutti i compartecipi; o perché i rischi che sono volti a presidiare vertono sul bagaglio conoscitivo proprio di qualunque medico¹⁵³ –, la lesione del bene protetto si realizza solo se tutti i soggetti deputati a gestire il rischio contravvengano contemporaneamente al proprio comune compito. In tali casi il dovere gravante su ciascuno si spinge al controllo dell’operato altrui incidente o interferente col proprio. È evidente, quindi, che in siffatte circostanze il problema circa la previsione o prevedibilità dell’altrui comportamento inosservante non si pone, proprio perché la negligenza altrui non è sufficiente a provocare l’evento: la lesione può, in definitiva, verificarsi solo se si riscontri la negligenza di tutti i soggetti gravati dal dovere.

L’autore precisa che la nozione di «dovere comune» non implica «necessariamente una pluralità di doveri, gravanti su soggetti diversi, aventi identico contenuto percettivo. Infatti, se [...] il fondamento del *dovere in comune* è quello di creare una doppia garanzia per il bene protetto (in modo tale che, ai fini della verifica del risultato lesivo, non basti una sola violazione ma sia necessario l’incontro di due o più violazioni) nulla vieta che il dovere medesimo, dirigendosi verso soggetti diversi, possa assumere in concreto un diverso contenuto: come quando ad esempio qualcuno deve svolgere un dato lavoro ed un altro deve controllare la regolarità di questo»¹⁵⁴.

¹⁵² E. BELFIORE, *Profili penali dell’attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 294: «Il dovere comune si caratterizza per il fatto di gravare su più soggetti, ciascuno dei quali è titolare di una posizione di garanzia capace di per sé di assicurare una totale e completa protezione del bene giuridico che viene in gioco». Notano F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d’équipe*, *op. cit.*, p. 169 che «nel caso cioè di più soggetti gravati da un dovere comune posto a tutela di un determinato bene, la violazione di tale dovere solo da parte di alcuni di essi non sarebbe sufficiente a dar luogo alla lesione del bene protetto».

¹⁵³ D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-chirurgico*, *op. cit.*, p. 985.

¹⁵⁴ E. BELFIORE, *Profili penali dell’attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 278.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Nel caso, invece, di «doveri divisi», siamo dinnanzi a doveri singoli – propri di ciascun compartecipe – e diversi tra loro, non idonei, individualmente considerati, a garantire la totale protezione di un determinato bene, garantita invece dall'insieme di essi¹⁵⁵. Qui non si cerca di «creare una doppia garanzia per il bene protetto» ma «consentire che ciascuno dei partecipanti al processo lavorativo si concentri sul corretto svolgimento delle proprie mansioni»¹⁵⁶. In tal caso ciascuno dei medici può occuparsi solo dei rischi appartenenti alla propria sfera di competenza, senza dover rispondere delle violazioni di regole cautelari relative alla sfera di competenza altrui, anche se prevedibili o addirittura previste¹⁵⁷. La violazione di anche uno solo di tali doveri sarebbe sufficiente a provocare l'evento lesivo.

Secondo l'impostazione in analisi, sarebbe proprio quello dei doveri divisi il campo in cui troverebbe piena applicazione, al fine della definizione delle responsabilità dei compartecipi, il principio di affidamento¹⁵⁸.

¹⁵⁵ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 294-295: «i doveri divisi sono invece quelli che, individualmente considerati, non consentono una tale globale protezione del bene. Ciò in quanto, essendo questi ultimi dettati dall'esigenza di una ripartizione «qualitativa» delle varie prestazioni necessarie alla tutela del bene (prestazioni che solo globalmente possono raggiungere lo scopo per il quale sono imposte mentre, individualmente considerate, non sono in grado di offrire da sole un'efficace protezione), fanno sì che ciascuno dei soggetti partecipanti al processo lavorativo (su cui appunto gravano i suddetti doveri) sia invero titolare di una posizione di garanzia che solo in parte (e cioè nei limiti delle mansioni affidategli) contribuisce allo scopo di tutela del bene».

¹⁵⁶ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 279.

¹⁵⁷ D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-chirurgico*, *op. cit.*, p. 985.

¹⁵⁸ Anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 364 e ss., pare esprimersi in questi termini in quanto ritiene che «nei casi di situazioni di rischio, implicanti il concorso di attività giuridicamente autorizzate di più soggetti con «obblighi divisi» di diligenza, il problema della colpa va risolto in base al duplice principio del corretto comportamento proprio e dell'affidamento nel corretto comportamento degli altri soggetti. Soluzione che: a) presuppone i c.d. obblighi divisi tra più soggetti, nel senso che ciascuno di essi è tenuto all'osservanza di norme cautelari delle rispettive attività, tutelando esse solo parzialmente il bene giuridico [...]; b) si fonda sul principio dell'autoresponsabilità, per cui ciascuno risponde dell'inosservanza delle rispettive regole cautelari e, perciò, può e deve potere contare sulle altrui osservanze; c) persegue la duplice finalità di conciliare il principio della responsabilità personale con la specializzazione e la divisione dei compiti, nonché di consentire il migliore adempimento, liberi dalla preoccupazione di controllare l'altrui operato, delle proprie mansioni, nell'interesse degli stessi destinatari dell'attività (es: i sottoposti ad operazione chirurgica); d) comporta la responsabilità, in via primaria, soltanto per gli eventi causati dall'inadempimento del proprio «dovere diviso»; e) comporta, altresì, l'obbligo secondario (con la relativa responsabilità) di adottare le misure cautelari per ovviare ai rischi dell'altrui scorrettezza». Cfr. D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-chirurgico*, *op. cit.*, p. 985, i quali notano che «peraltro, non è chiaro, nell'impostazione considerata, quali siano i rapporti fra la distinzione tra le due tipologie di obblighi e il principio di affidamento: in particolare se tale distinzione debba valere come una attenuazione della valenza generale di tale parametro di concretizzazione dell'obbligo cautelare in contesto di interazione plurisoggettiva, ovvero se i limiti dell'affidamento dipendano dalla ripartizione delle sfere di competenza sul rischio e dai relativi obblighi».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Sulla base della distinzione fra doveri comuni e doveri divisi, si specifica, inoltre, come i doveri gravanti su ciascun partecipante all'attività medico-chirurgica debbano considerarsi doveri divisi, stante l'esigenza che ad ogni partecipante sia consentito di concentrarsi, senza distrazioni, sulle proprie specifiche mansioni, fine ultimo della divisione dei doveri. In particolare, con riferimento alla posizione del capo-*équipe*, si giunge ad asserire che nemmeno il suo dovere di controllo sui subordinati possa essere considerato un dovere comune. Infatti, la *ratio* intrinseca al suo ruolo non sarebbe quella di creare una doppia garanzia per la salute del paziente, ma, ancora una volta, quella di consentire a ciascun partecipante di concentrarsi indisturbato sui propri specifici compiti. Coerentemente, il contenuto concreto del dovere di controllo del superiore gerarchico sarebbe non la vigilanza sulla correttezza sull'operato altrui – se così fosse, esso sarebbe un vero e proprio dovere comune e mai, in questo caso, il superiore potrebbe andare esente da addebiti in caso di evento infausto causato da errore del subordinato – bensì si atteggierebbe come «obbligo avente come contenuto precettivo la verifica dell'inesistenza di quelle circostanze di fatto, che facciano supporre come altamente probabile il prodursi di una negligenza altrui¹⁵⁹». E nel caso in cui questa verifica abbia esito positivo, dovrebbe avere pieno vigore il principio dell'affidamento.

Un vero e proprio dovere comune, invece, sorgerebbe in caso contrario, cioè nel caso in cui il capo-*équipe* si accorgesse, grazie all'attività di controllo svolta nei termini predetti, dell'esistenza di circostanze di fatto facenti presumere un comportamento negligente da parte di un compartecipe (ad esempio un'azione colposa già in atto, precarie condizioni psicofisiche di un collaboratore, presenza in *équipe* di un elemento nuovo di scarsa esperienza, ecc.). In questo caso la sua attività di controllo dovrebbe assumere contenuto positivo, dovrebbe cioè essere volta ad accertare la correttezza dell'operato altrui¹⁶⁰.

¹⁵⁹ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 298.

¹⁶⁰ Cfr. altresì F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 364 e ss., il quale sottolinea come i due principi dell'autoresponsabilità e dell'affidamento siano volti ad evitare esasperate parcellizzazioni della responsabilità, e pertanto trovano applicazione «nei due seguenti casi [...]: a) della *previsione o prevedibilità ed evitabilità*, in rapporto alle circostanze concrete, della pericolosità del comportamento scorretto altrui; b) dello specifico *obbligo* del soggetto, per la sua particolare posizione gerarchica, di prevenire o correggere l'altrui scorretto

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Anche questa ricostruzione, tuttavia, non è andata esente da critiche. Parte della dottrina, infatti ritiene che l'ipotesi di dovere comune individuata dal Belfiore relativamente al capo-*équipe* il quale si avveda della possibile negligenza di un suo subordinato «non sia l'unica. Se si allargano, infatti, i confini dell'indagine anche al di fuori della sala operatoria, si rinvergono numerose ipotesi di collaborazione tra sanitari da cui sembrano derivare doveri comuni»¹⁶¹.

A titolo esemplificativo, si fa riferimento ai rapporti fra medico ed infermiere vigente il c.d. "mansionario", ovvero il D.P.R. 225/'74: questa norma, oggi abrogata, prevedeva tutta una serie di attività che l'infermiere poteva svolgere «solo sotto il (diretto e costante) controllo del medico. Che si voglia o meno individuare nello scopo di creare una doppia garanzia per il bene protetto la *ratio* della norma, ci sembra che dalle situazioni collaborative appena citate non potessero che derivare *doveri comuni* all'infermiere esecutore e al medico (delegante e) deputato al controllo, il quale controllo non poteva che essere volto ad accertare (e quindi garantire) la correttezza dell'esecuzione dell'intervento. Se così non fosse stato, se cioè il controllo del medico si fosse ridotto [...] all'accertamento dell'inesistenza di elementi concreti idonei a rendere prevedibile un comportamento negligente, non si capirebbe la differenza, sotto l'aspetto della cooperazione, tra gli interventi che potevano essere svolti dal personale infermieristico autonomamente, e quelli per cui era necessario il controllo del medico»¹⁶². Il medico doveva sempre constatare

agire». L'Autore ha inoltre evidenziato come il principio dell'affidamento abbia «trovato la sua prima affermazione nella *circolazione stradale*, essendone presupposto che l'automobilista possa contare sulla correttezza degli altri utenti della strada, finché le circostanze concrete non ne rendano prevedibile un agire scorretto [...]. In questi casi, il soggetto deve ovviare, osservando le idonee regole di condotta, ai rischi della scorrettezza altrui». Egli non ha mancato di sottolineare come il principio dell'affidamento abbia trovato terreno fertile nel «*lavoro pluridisciplinare in équipe*, quale anzitutto quello medico-chirurgico, in cui ogni partecipe risponderà solo dell'inosservanza delle *leges artis* del tipo autonomo di attività svolto, dovendo ciascuno potere confidare nel corretto agire degli altri (es.: il chirurgo in quello dell'anestesista e viceversa). Salvo i casi in cui il soggetto (es.: chirurgo, anestesista o infermiere) si rappresenti o avrebbe dovuto rappresentarsi l'altrui comportamento scorretto e pericoloso [...]. Oppure abbia, per la sua posizione gerarchica, il dovere di sorveglianza e controllo (es.: il chirurgo verso l'assistente e gli specializzandi) o di coordinamento (es.: il capo-*équipe*), dovendo egli attivarsi – nei limiti però di tale dovere – per prevenire o correggere le eventuali scorrettezze altrui. Ed è estensibile, tale principio, ad ogni altra *attività similare*: es., il progettista e il costruttore di una macchina industriale devono potere confidare nella non manomissione e manutenzione dei dispositivi di sicurezza da parte dell'utente, così come questi deve potere confidare nella corretta progettazione e costruzione degli stessi».

¹⁶¹ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁶² F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 172.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

l' idoneità dell' infermiere a ricevere la delega allo svolgimento di una determinata operazione (essendo insufficiente, come abbiamo visto più volte, la semplice qualifica professionale posseduta dall' infermiere), e se avesse percepito una anomalia che lasciasse dubitare circa la diligenza dell' infermiere, non avrebbe potuto fare affidamento sullo stesso: in caso di evento lesivo, questo avrebbe dovuto essere addebitato ad entrambi gli operatori. «È facile constatare come alla stessa conclusione si sarebbe pervenuti applicando alla situazione descritta il principio di affidamento. In realtà non ci sembra che il criterio da ultimo elaborato raggiunga l'obbiettivo che si prefigge, cioè l' affrancamento dell' analisi delle situazioni di divisione del lavoro in ambito sanitario da criteri fattuali. Analizzare le varie situazioni collaborative al fine di capire se esse comportino doveri comuni oppure divisi per i soggetti coinvolti non ci sembra, infatti, molto dissimile dall' analizzarle al fine di stabilire se sia applicabile o meno il principio di affidamento. E le considerazioni sopra esposte circa il rapporto fra medici ed ausiliari – se sono corrette – dimostrano che non tutte le situazioni collaborative in ambito sanitario comportano, per i partecipi, dei doveri divisi, e che, quindi, tale analisi risulta imprescindibile»¹⁶³.

Si è dunque ritenuto che il tentativo condotto dalla teoria fondata sulla divisione fra «doveri comuni» e «doveri divisi» non riesca, in effetti ad affrancarsi da quegli elementi fattuali che caratterizzano le varie situazioni collaborative, al fine di farne discendere una più sicura definizione degli ambiti in cui assume rilevanza il principio di affidamento rispetto ai casi in cui invece tale principio non può essere invocato. «Come, infatti, le condizioni psicofisiche precarie di un collaboratore comportano l' impossibilità per il chirurgo di fare su di esso affidamento, allo stesso modo comportano la trasformazione dei doveri dei soggetti coinvolti da “divisi” in “comuni”: di conseguenza comportano l' inapplicabilità dell' affidamento. Questo esempio sembra dimostrare come non solo debbano comunque essere considerati, per applicare il criterio proposto, gli stessi elementi fattuali che condizionano

¹⁶³ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d' équipe, op. cit.*, p. 172.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L' attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

l'applicabilità del principio di affidamento, ma – soprattutto – come i due percorsi conducano a identico risultato»¹⁶⁴.

¹⁶⁴ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 173.

Nonostante le critiche, questo orientamento ha trovato riscontro nella prassi giurisprudenziale più recente. A titolo esemplificativo, cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 3 novembre 2011, n. 46961, Sidoti, di cui riportiamo alcuni passi tratti dalla motivazione: «*La cooperazione di più soggetti solleva delicati problemi in ordine alla individuazione dei criteri di imputazione della responsabilità penale nell'attività medica di gruppo. Si tratta di stabilire, nel caso di esito infausto del trattamento sanitario, se ed in che limiti il singolo medico ne debba rispondere ed in particolare se possa rispondere dei comportamenti colposi riferibili ad altri componenti dell'équipe, fino a che punto si estendano i suoi obblighi di diligenza, perizia e prudenza laddove si trovi ad operare unitamente ad altri soggetti. Il criterio generalmente applicato è quello del c.d. principio di affidamento, in base al quale ogni soggetto non dovrà ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ma potrà sempre fare affidamento, appunto, sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie, salvo il dovere di sorveglianza di chi riveste la posizione apicale all'interno del gruppo; si delimita dunque la responsabilità del primario o del capo-équipe che faccia affidamento sulla corretta esecuzione da parte dei medici di livello inferiore o dei componenti dell'équipe, sul presupposto di una posizione differenziata e di vertice del medesimo rispetto agli altri, con conseguente dovere di controllo sul loro operato e conseguente assunzione di responsabilità per lo stesso, temperata appunto dal principio di affidamento. Tale principio non trova però applicazione, secondo pacifica dottrina e giurisprudenza [...], nei casi in cui la colpa attenga all'inosservanza di obblighi comuni o indivisi tra i vari operatori». Pare informarsi a tale criterio anche Cass. Pen., Sez. IV, 10 febbraio 2011, n. 34062, Iannuzzi e altri: ad una équipe composta da due chirurghi e due anestesisti si imputa di aver compiuto una endoscopia – su paziente a forte rischio di ipossia da occlusione delle vie respiratorie tramite polipo esofageo – procedendo con anestesia locale in luogo di quella generale richiesta dal primario curante. In tal modo si è determinata la – prevedibile ed evitabile – occlusione, che ha condotto il paziente in stato vegetativo permanente fino al decesso. La scelta (erronea) di procedere con anestesia locale è da imputare all'intera équipe. La S.C. si sofferma, in particolare, sull'impossibilità da parte dei chirurghi di invocare il principio di affidamento: «*I quattro medici che ad esso [all'intervento] hanno partecipato correttamente sono stati ritenuti parimenti responsabili della imprudente e inopportuna scelta operata, scelta erronea, dagli stessi pienamente riconoscibile come tale [...] e della quale dunque tutti devono rispondere senza poter invocare a propria discolta, come fanno gli endoscopisti, il principio di affidamento. Tale principio è stato per lo più utilizzato per escludere la responsabilità del primario o del capo-équipe che faccia affidamento sulla corretta esecuzione da parte dei medici di livello inferiore o dei componenti dell'équipe, sul presupposto di una posizione differenziata e di vertice del medesimo rispetto agli altri, con conseguente dovere di controllo sul loro operato e conseguente assunzione di responsabilità per lo stesso, temperata appunto dal principio di affidamento. Nel presente caso i quattro medici intervenuti in équipe per fronteggiare, secondo le loro diverse specializzazioni di anestesisti e chirurghi endoscopisti, la situazione del C., erano, o dovevano essere, tutti consapevoli della situazione stessa, della stretta relazione tra il pericolo di risalita del polipo e le manovre di anestesia, e dunque la scelta compiuta, erronea per quanto sopra detto, non può che essere riferita a tutti con uguale grado di responsabilità. Risultano dunque infondate le subordinate contestazioni in ordine ad una pretesa diversità di contributi e conseguente necessità di differenziare il trattamento sanzionatorio».**

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Cap. 3. – I limiti al principio di affidamenti con riferimento all'attività medica plurisoggettiva.

§ I. – Premessa: la funzione del principio di affidamento; § II. – Tipologie di cooperazione medica; § III. – Il concetto di “*équipe*”; SEZ. 1. – COOPERAZIONE MEDICA ORGANIZZATA MEDIANTE DIVISIONE DEL LAVORO IN SENSO VERTICALE: L'ÉQUIPE DI REPARTO; § I. – I profili funzionali medici nell'ambito delle strutture ospedaliere pubbliche; § II. – Evoluzione del quadro normativo relativo all'organizzazione ospedaliera; § II. 1. – Il medico in posizione apicale; § II. 1. 1. – R.D. n. 1631/1938; § II. 1. 2. – D.P.R. n. 128/1969; § II. 1. 3. – D.P.R. n. 761/1979; § II. 1. 4. – D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999; § II. 2. – Il medico in posizione intermedia; § II. 2. 1. – R.D. n. 1631/1938; § II. 2. 2. – D.P.R. n. 128/1969; § II. 2. 3. – D.P.R. n. 761/1979; § II. 2. 4. – D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999; § II. 3. – Il medico in posizione iniziale; § II. 3. 1. – R.D. n. 1631/1938; § II. 3. 2. – D.P.R. n. 128/1969; § II. 3. 3. – D.P.R. n. 761/1979; § II. 3. 4. – D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999; § III. – La responsabilità del medico in posizione apicale. Analisi del dato normativo: culpa in eligendo e culpa in vigilando; § III. 1. – Responsabilità del medico in posizione apicale in relazione ai propri poteri di diagnostico-terapeutici e di organizzazione del lavoro; § III. 1. 1. – La culpa in eligendo del medico in posizione apicale; § III. 1. 1. 1. – L'assegnazione dei pazienti al personale subordinato e la delega di funzioni; § III. 1. 1. 2. – Criteri di distribuzione del lavoro ai medici subordinati; § III. 1. 1. 2. 1. – Competenza; § III. 1. 1. 2. 2. – Equa distribuzione del lavoro e rotazione; § III. 1. 2. – Il potere di direttiva del medico in posizione apicale e la culpa in vigilando; § III. 1. 2. 1. – Omissione di direttive o istruzioni al personale; § III. 1. 2. 2. – Responsabilità del “vertice” per inesecuzione o inesatta attuazione delle direttive o istruzioni impartite; § III. 1. 2. 2. 1. – Profili professionali medici ed ampiezza crescente dell'obbligo di controllo del medico in posizione apicale; § III. 1. 2. 2. 2. – Obbligo di controllo del medico in posizione apicale e tipologia di errore medico; § III. 2. – La responsabilità del medico in posizione apicale: analisi giurisprudenziale; § III. 3. – Considerazioni conclusive sulla responsabilità del medico in posizione apicale e proposte interpretative che valorizzino l'applicabilità del principio di affidamento; § III. 4. – La posizione del capo-*équipe*; § III. 4. 1. – Il capo-*équipe* nei casi di cooperazione monodisciplinare o multidisciplinare; § III. 4. 2. – Distinzione o assimilazione fra le figure del c.d. “primario” e quella del capo-*équipe*; § III. 4. 2. 1. – La tesi dell'assimilazione; § III. 4. 2. 2. – La tesi della distinzione; § III. 4. 2. 3. – Tesi della relazione fra obbligo di controllo del capo-*équipe* e fase dell'intervento; § III. 4. 3. – La responsabilità del capo-*équipe* per fatto del collaboratore nella giurisprudenza di legittimità; § III. 4. 4. – Critica alla giurisprudenza in tema di responsabilità del capo-*équipe*; § III. 4. 4. 1. – Infondatezza della tesi della piena assimilazione fra c.d. “primario” e capo-*équipe*; § III. 4. 4. 2. – Applicabilità del principio di affidamento anche in caso di obbligo di controllo sull'operato altrui; § IV. – La responsabilità dei medici in posizione funzionale subordinata; § IV. 1. – Quadro normativo di riferimento; § IV. 2. – Autonomia limitata o vincolata dei medici in posizione funzionale subordinata; il potere di avocazione del medico in posizione apicale; § IV. 2. 1. – Vincolatività delle direttive del medico in posizione apicale: applicabile l'art. 51 c.p.? § IV. 2. 2. – Sindacabilità delle direttive del medico in posizione apicale nella giurisprudenza; § IV. 2. 3. – Conseguenze penali della condivisione della direttiva erronea impartita dal medico in posizione apicale; § IV.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

2. 3. 1. – Il medico in posizione apicale muta approccio diagnostico-terapeutico, nuova condivisione; § IV. 2. 3. 2. – Il medico in posizione apicale conferma le proprie scelte: avocazione del caso alla sua diretta responsabilità; § IV. 2. 3. 3. – Tesi del dovere di non collaborazione da parte del medico subalterno dissenziente; § IV. 2. 3. 4. – Dissenso del medico subalterno, difficoltà probatorie; § IV. 2. 4. – La colpa del medico in posizione subalterna: esigibilità del dovere di controllo reciproco ipotizzato dalla prassi e della manifestazione del dissenso; principio di affidamento; § IV. 2. 4. 1. – Critica al dovere di controllo incrociato; § IV. 2. 4. 2. – Esigibilità del dissenso del subordinato e principio di affidamento; § IV. 2. 5. – La giurisprudenza più recente; SEZ. 2. – COOPERAZIONE MEDICA ORGANIZZATA MEDIANTE DIVISIONE DEL LAVORO IN SENSO ORIZZONTALE: LA COOPERAZIONE MULTIDISCIPLINARE SINCRONICA NELLA C.D. *ÉQUIPE* IN SENSO STRETTO; § I. – Perimetrazione dell’ambito di indagine: la c.d. *équipe* in senso stretto e l’ipotizzabilità di obblighi cautelari relativi alle condotte altrui in contesti non gerarchizzati; § II. – Il limite al principio di affidamento relativo alla percezione dell’altrui inaffidabilità; § II. 1. – Soglia di rilevanza dell’errore altrui; in generale; § II. 2. – Soglia di rilevanza dell’errore altrui; nella medicina d’*équipe*; § III. – Il principio di affidamento nella cooperazione medica multidisciplinare sincronica; § III. 1. – L’obbligo di controllo reciproco nella giurisprudenza di legittimità; § III. 2. – La configurabilità di obblighi di controllo reciproco, in relazione all’istituto della cooperazione colposa; § III. 2. 1. – La cooperazione colposa: brevi note storico-dogmatiche; § III. 2. 1. 1. – La funzione incriminatrice dell’art. 113 c.p., con particolare riferimento ai reati causalmente orientati; § III. 2. 1. 2. – La tesi del legame psicologico fra i concorrenti come elemento discretivo fra la cooperazione colposa ed il concorso di cause colpose indipendenti; § III. 2. 1. 3. – L’interpretazione del 113 c.p. alla luce della concezione normativa della colpa; § III. 2. 1. 3. 1. – Tesi della prevedibilità dell’altrui condotta colposa; § III. 2. 1. 3. 2. – Tesi della violazione di regole cautelari secondarie; § III. 2. 1. 3. 3. – Tesi della indistinzione fra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti; § III. 2. 2. – Recenti approdi interpretativi in tema di cooperazione colposa: l’obbligo di prudente interazione come limite al principio di affidamento; § III. 3. – Considerazioni sulla giurisprudenza in materia di obbligo di controllo sull’operato altrui: la negazione del principio di affidamento? § III. 4. – Cooperazione colposa, obblighi relazionali e principio di affidamento; § III. 5. – Alcune parziali conclusioni; § III. 6. – Profili soggettivi. Evidenza e non settorialità dell’errore altrui: il c.d. principio di affidamento c.d. temperato; § III. 6. 1. – Evidenza; § III. 6. 2. – Non settorialità; § IV. – Conclusioni; SEZ. 3. – LA COOPERAZIONE DIACRONICA: LA SUCCESSIONE NELLA POSIZIONE DI GARANZIA ED IL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO; § I. – Nozione; perimetrazione dell’area d’indagine; § I. 1. – Cooperazione diacronica ed *équipe*; § II. – Distinzione tra successione nella posizione di garanzia “fisiologica” e “patologica”; § II. 1. – Distinzione fra trasferimento di obblighi di garanzia e successione nella posizione di garanzia; § II. 1. 1. – Trasferimento di obblighi di garanzia; delega di funzioni; § II. 1. 2. – La successione nella posizione di garanzia; nozione; § II. 2. – Condizioni di validità della successione “fisiologica” nella posizione di garanzia; § II. 2. 1. – Liceità; § II. 2. 2. – Successione in posizioni di garanzia di protezione? § II. 2. 3. – Requisiti di effettività della successione nella posizione di garanzia; § II. 2. 3. 1. – Passaggio di consegne fondato su fonti formali; § II. 2. 3. 2. – Effettività dei poteri impeditivi del successore; § II. 2. 3. 3. – Idoneità del garante cessionario: rilevante? § III. – La successione “patologica” nella posizione di garanzia; § III.1. – Il principio di continuità della posizione di garanzia; § III. 1. 1. – Conferme giurisprudenziali del principio di continuità della posizione di garanzia; § III. 2. – La precedente azione pericolosa come fonte dell’obbligo giuridico di impedire l’evento; § III. 3. – La non

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

invocabilità del principio di affidamento da parte di chi versi in colpa; § III. 4. – La sovrapposizione fra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza; § III. 6. – L’obbligo di informazione al momento del passaggio delle consegne; § IV. – Recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di cooperazione multidisciplinare diacronica.

I. [Premessa: la funzione del principio di affidamento] Nel capitolo precedente abbiamo tratteggiato sinteticamente le soluzioni che la dottrina ha elaborato per ripartire la responsabilità colposa fra più soggetti che si trovano ad interagire in contesti plurisoggettivi, nel modo il più possibile coerente col principio di personalità della responsabilità penale, *ex art. 27*, comma 1 Cost.

Abbiamo avuto modo di constatare che, pur con diversità di accenti, la dottrina dominante fa riferimento, allo scopo, al principio dell’affidamento, in base al quale ciascuno può concentrarsi unicamente sul disimpegno del “carico cautelare” a lui riferito senza badare – di regola e salvi i limiti, su cui ci soffermeremo – a che i soggetti con cui si trova ad interagire – parimenti obbligati al rispetto delle regole cautelari loro imposte – facciano altrettanto, in quanto non è dato rinvenire nel nostro ordinamento un generalizzato obbligo di evitare eventi lesivi ricollegabili al comportamento colposo altrui.

Abbiamo sottolineato come l’adozione di tale principio nel settore medico-chirurgico possa considerarsi conseguenza dell’organizzazione di tale attività secondo il criterio della divisione del lavoro. Poter riporre fiducia nel comportamento diligente altrui permette al singolo operatore di concentrarsi adeguatamente sui compiti che gli spettano, mentre, d’altro canto, egli rischierebbe di incorrere in un’inosservanza cautelare – a danno del paziente – nel caso in cui dovesse costantemente verificare che ogni altro cooperatore con cui si trovi ad interagire si conformi altrettanto adeguatamente ai canoni di diligenza che governano il segmento di attività che è chiamato ad eseguire. In breve, abbiamo constatato come il principio di affidamento sia funzionale alla garanzia della possibilità di ciascuno di essere lasciato libero di eseguire le proprie specifiche mansioni nel modo migliore, senza distrazioni, allo scopo ulteriore di proteggere in

modo maggiormente adeguato il paziente che si trovi esposto al rischio lesivo in conseguenza dell'attività medica esercitata¹⁶⁵.

Ciò dovrebbe ulteriormente condurre – in ambito medico-chirurgico – ad una delimitazione delle sfere di responsabilità dei compartecipi al trattamento sanitario in ragione delle rispettive competenze tecniche e dei risultati derivanti dal loro impiego concreto: «ogni partecipante deve rispondere solo del corretto adempimento dei doveri di diligenza e di perizia inerenti ai compiti che gli sono affidati, perché solo a questo modo ciascun membro del gruppo è lasciato libero, nell'interesse del paziente, di adempiere in modo qualificato e responsabile alle proprie mansioni»¹⁶⁶.

Il principio di affidamento, dunque, coniugando il principio della responsabilità personale con la specializzazione e la divisione dei compiti, permette il miglior adempimento degli obblighi cautelari gravanti su ciascuno. Inoltre, correlativamente, permette di garantire una sfera di libertà personale a ciascun consociato, sgravato dal faticoso onere di – oltre che rispettare le norme cautelari imposte nei suoi confronti – esercitare il controllo circa l'osservanza degli altrui doveri cautelari.

Sul piano del reato colposo, il principio di affidamento opera come limite al dovere di diligenza e, quindi, ove operante, determina l'atipicità del fatto colposo per carenza della componente oggettiva della colpa.

¹⁶⁵ Sul principio di affidamento come dovere cautelare in contesti di cooperazione medica multidisciplinare, cfr. A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, *op. cit.*, p. 480: «[...] la separazione specialistica di compiti consenta, sul piano tecnico, un'attività complessiva ben più spedita e funzionale rispetto alla bontà dell'esito, che non una farraginosa procedura ove tutti i partecipanti si intromettano nelle scelte altrui. [...] pare potersi affermare che, se le regole cautelari altro non sono se non il precipitato delle migliori *leges artis* di una determinata scienza pratica, i precetti comportamentali rilevanti *ex art.* 43 c.p. inducano, nelle attività complesse, ad una separazione "razionale", e non già ad un'interferenza, di compiti»; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, *op. cit.*, p. 543, il quale evidenzia come il principio di affidamento «persegue la triplice finalità: a) di conciliare il principio della responsabilità personale con la specializzazione e la divisione dei compiti, esigenze sempre più imposte dalle moderne società tecnologiche; b) di non gravare i singoli consociati dell'onere, non solo di rispettare le regole cautelari che li riguardano, ma di esercitare il controllo circa l'osservanza degli altrui doveri cautelari, per non limitare in misura intollerabile gli spazi di libertà di ciascun individuo, se questi fosse tenuto a sorvegliare le altrui attività per il timore di possibili inosservanze cautelari; c) di consentire il migliore adempimento da parte dei vari soggetti – liberi e non distratti dalla preoccupazione di controllare l'altrui operato – delle proprie mansioni, nell'interesse degli stessi destinatari dell'attività (es.: i sottoposti ad un intervento di microchirurgia cerebrale), poiché, se tutti dovessero preoccuparsi di tutto, si creerebbero le premesse perché nessuno riesca ad assolvere correttamente i propri doveri e, quindi, per inficiare la stessa funzione preventiva di contenimento del rischio per i terzi, che le regole cautelari dovrebbero svolgere».

¹⁶⁶ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico chirurgico in équipe*, *op. cit.*, p. 221.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

In altri termini, sotto il profilo della dogmatica della colpa, la funzione del principio di affidamento è quella di modellare la tipicità del fatto colposo nelle situazioni plurisoggettive, escludendo, come regola, la configurabilità di obblighi diretti al comportamento di terzi¹⁶⁷.

II. [Tipologie di cooperazione medica] Ora, il discorso teorico sul principio di affidamento deve essere calato nel settore oggetto della nostra indagine, quello medico-chirurgico, allo scopo di verificarne le applicazioni concrete emergenti dalla prassi. Una indagine di questo tipo ci permetterà: a) di verificare quali siano i limiti all'applicazione del principio in analisi che la giurisprudenza ha enucleato; b) di verificare se effettivamente il principio di affidamento sia propriamente un "principio" o se, invece, le eccezioni cui va incontro ne riducano talmente il raggio di applicazione da non poter fungere da generale criterio di riparto delle responsabilità in questi peculiari contesti plurisoggettivi.

L'ambito applicativo del principio di affidamento nel settore medico-chirurgico varia in dipendenza delle modalità in cui si struttura la cooperazione medica: a) cooperazione sincronica o diacronica ¹⁶⁸ ; b) cooperazione monodisciplinare o multidisciplinare¹⁶⁹; c) cooperazione fra medici legati da vincoli gerarchici o fra medici non legati in tal senso.

¹⁶⁷ A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., p. 599: «Secondo il prevalente orientamento, il principio di affidamento trova il proprio fondamento dogmatico nella teoria della colpa, operando quale limite al dovere di diligenza che, quindi, ove operante, determina l'atipicità del fatto colposo per carenza della componente oggettiva della colpa. In altri termini, la funzione del principio di affidamento è proprio quella di "modellare" la tipicità del fatto colposo nelle situazioni plurisoggettive, escludendo, come regola, la configurabilità di obblighi diretti al comportamento di terzi».

¹⁶⁸ Si ha *cooperazione sincronica* quando una pluralità di medici cooperano allo stesso caso clinico nello stesso contesto spazio-temporale. La *cooperazione* è *diacronica* quando lo stesso caso clinico sia trattato da una pluralità di medici con apporti temporalmente posti in sequenza e spazialmente slegati. Cfr. D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, op. cit., pp. 991 e ss.; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., *passim*.

¹⁶⁹ La *cooperazione* è *monodisciplinare* quando uno stesso paziente è sottoposto alle cure di una pluralità di medici specializzati nella stessa branca della medicina: è quanto avviene normalmente nel *reparto*; è invece *pluridisciplinare* quando la pluralità di medici impegnata su uno stesso paziente è composta da medici specializzati in differenti aree disciplinari. La divisione assume rilevanza in relazione alla possibilità di ciascuno di sindacare nel merito l'operato altrui, possibile nei casi di monodisciplinarietà, più problematico – come vedremo, nei casi di pluridisciplinarietà. Cfr. D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 215; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 228; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 5 e ss. e 101 e ss., rispettivamente per la divisione del lavoro in senso gerarchico e per la divisione delle responsabilità nell'*équipe*.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Per la presente trattazione riteniamo opportuno tracciare una *summa divisio* in base al criterio enunciato *sub c*).

Distinguere a seconda dell'esistenza o meno di vincoli gerarchici fra i medici che cooperano ad uno stesso caso clinico permette di mettere in evidenza chiari riflessi sulla metodologia di divisione del lavoro che può essere adottata in concreto: a) nel caso delle *équipes* organizzate gerarchicamente, la divisione del lavoro avviene in senso verticale, nel senso che il medico di livello funzionale apicale ripartisce il carico di lavoro gravante sulla struttura da lui diretta affidandolo a medici che si inscrivono nella gerarchia funzionale ad un livello subordinato, sottoponendoli – vedremo entro quali limiti – a controllo; la divisione del lavoro può essere descritta come “verticale” perché il medico in posizione apicale, competente – ovviamente – nella stessa branca dell'arte medica in cui sono specializzati gli altri medici subalterni incardinati nello stesso reparto, mantiene un potere di controllo sull'attività altrui: egli semplicemente lo attribuisce, per esigenze organizzative, ad un medico funzionalmente inferiore nell'organigramma del reparto; la caratteristica fondamentale di questo modello organizzativo è, evidentemente, la sua monodisciplinarietà, condizione per cui ciascuno possa sindacare nel merito l'operato altrui, afferendo tutti i medici del reparto, come detto, ad una stessa branca dell'arte medica; b) invece, nelle *équipes* i cui componenti non sono fra loro legati da vincoli gerarchici il lavoro viene ripartito orizzontalmente in quanto i medici che vi prendono parte – afferenti a diversi reparti – sono specialisti in settori diversi della medicina; tratto fondamentale di tale modello cooperativo è la pluridisciplinarietà degli apporti, tale che ciascuno non può sindacare nel merito l'operato specialistico altrui; in tali casi, si pone il problema se siano tuttavia configurabili obblighi di controllo reciproco relativamente a rischi riconducibili alle conoscenze tecnico-scientifiche “comuni”, cioè facenti parte del bagaglio culturale comune ad ogni laureato in medicina e chirurgia, con conseguente esautoramento del principio di affidamento¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Sulla distinzione, nell'alveo della cooperazione medica sincronica e diacronica, fra divisione orizzontale e divisione verticale del lavoro, cfr. D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, op. cit., pp. 991 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Procedere in questo modo ci permetterà di trattare dei due fondamentali limiti all'applicazione del principio di affidamento che la giurisprudenza ha enucleato.

Trattando delle attività mediche organizzate gerarchicamente, viene prioritariamente in rilievo il limite per cui *il principio dell'affidamento non può essere invocato da chi abbia istituzionalmente un compito di controllo rispetto all'operato altrui*¹⁷¹. È il caso, nelle *équipes di reparto*, del “Primario”, poi “Medico in posizione apicale”, ora “Dirigente sanitario con incarico di direzione di struttura complessa”¹⁷²; nelle *équipes in senso stretto*, è il caso del c.d. capo-*équipe*, la cui assimilabilità alla figura del c.d. Primario è stata oggetto di ampio dibattito.

Trattando, invece, delle attività mediche strutturate secondo una divisione orizzontale del lavoro improntate alla cooperazione multidisciplinare, pur potendosi ravvisare – come anticipato, e riservandoci di tornare più diffusamente sul punto – un ambito di rilevanza del limite al principio di affidamento precedentemente enunciato, con riferimento al capo-*équipe*, rileva prioritariamente il limite per cui *l'affidamento non può essere invocato da colui che percepisca l'altrui errore, che sia* – come

cit., pp. 603 e ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, *op. cit.*, pp. 47 e ss.; nella manualistica, per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, pp. 354 e ss.

¹⁷¹ Cass. Pen., Sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360, Rago, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, *op. cit.*, p. 60: «il principio di affidamento non si applica nel caso in cui all'agente sia attribuita una funzione di controllo dell'opera altrui; in questo caso egli risponde secondo le regole ordinarie delle condotte colpose del terzo da lui riconoscibili ed evitabili. (Ritenuto colpevole l'omesso controllo del chirurgo sulla composizione dell'infiltrato anestetico nel quale, per errore, l'infermiere aveva aggiunto un disinfettante, anziché una soluzione fisiologica, con successiva deformazione permanente del viso della paziente)»; Conformemente, *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2008, n. 47490, Calzini; Cass. Pen., Sez. IV, 26 giugno 2008, n. 40789, Verani; in *op. ult. cit.*, p. 59. In dottrina, F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, *op. cit.*, p. 169; E. BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in “équipe”*, *op. cit.*, c. 168; R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, *op. cit.*, p. 498, il quale precisa: «Un'ulteriore delimitazione del principio si ha allorché la diligenza del soggetto si fondi su un obbligo di controllo o sorveglianza nei confronti di terzi e, dunque, si inserisca in una posizione di garanzia come tale volta a controbilanciare una incapacità altrui»; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, p. 249; M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, pp. 11 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, *op. cit.*, pp. 242 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 514; G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, *op. cit.*, p. 78; F. C. PALAZZO, *Il fatto di reato*, Torino, 2004, p. 140; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980., p. 21; ID., *Diritto penale*, *op. cit.*, pp. 354 e ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 305; F. C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 340; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 437; P. PIRAS-G. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di) *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 306; V. PIRRONE, *Responsabilità dell'équipe chirurgica*, in *Giur. merito*, 1990, p. 1142; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 236.

¹⁷² Cfr. art. 15, comma 6, D. Lgs. n. 502/1992, come modificato dal D. Lgs. n. 229/1999.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

precisato dalla più recente giurisprudenza – *evidente e non settoriale e, come tale, emendabile con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche proprie di ogni medico*¹⁷³.

III. [Il concetto di “*équipe*”] Appare opportuno, prima di procedere oltre, chiarire il significato del termine “*équipe*”.

In dottrina¹⁷⁴ è stata proposta una tripartizione: a) *l'équipe di reparto*, in cui i medici cooperano – sincronicamente o diacronicamente – secondo un'organizzazione del lavoro monodisciplinare e gerarchizzata; b) *l'équipe in senso stretto*: con questa espressione ci si riferisce alla sola ipotesi della cooperazione

¹⁷³ Cass. Pen., Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 38592, De Filippi, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, op. cit., p. 56: «Su tutti i membri dell'*équipe* chirurgica incombe un dovere di vigilanza, indipendentemente dalla propria specializzazione, e comunque nei limiti della normale riconoscibilità, circa l'adempimento di palesi o specificamente prescritte misure precauzionali in vista dell'intervento chirurgico. Le omissioni di taluni dei componenti dell'*équipe*, se ben note agli altri, non esonerano questi ultimi dalla corresponsabilità, se nulla hanno fatto per sopperire o correggere le carenze degli altri o almeno sollecitarne l'attenzione. (Fattispecie in tema di omicidio colposo, in cui è stato effettuato un intervento chirurgico normalmente controindicato nelle situazioni cliniche come quella presentata dal paziente. L'omessa effettuazione di una TAC non ha permesso di accertare le reali condizioni del paziente e dunque di mutare approccio terapeutico. Ogni membro dell'*équipe* chirurgica – compreso l'anestesista che, nel caso di specie, ha correttamente valutato il rischio anestesiológico relativo all'intervento – avrebbe dovuto rilevare la mancata effettuazione di tale esame basilare ed attivarsi per colmare questa lacuna prima dell'effettuazione dell'intervento chirurgico); Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2008, n. 47490, Calzini, in op. ult. cit., p. 59: «Il principio di affidamento non è utilmente invocabile da colui al quale sia attribuita una funzione di controllo dell'operato altrui e neanche dal soggetto – il quale ha anzi l'obbligo di attivarsi per evitare eventi dannosi – che viene a conoscenza della violazione delle regole da parte di altri partecipi della medesima attività o comunque che si trova in una situazione in cui diviene prevedibile l'altrui inosservanza della regola cautelare, che deve avere quindi i caratteri di riconoscibilità. (Disattesa la tesi difensiva per la quale la responsabilità del secondo operatore dell'*équipe* sarebbe stata esclusa per le assicurazioni ricevute dal primo operatore, circa lo svolgimento del tutto normale dell'intervento)».

In dottrina, oltre agli Autori già citati, cfr.; M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, op. cit., p. 1197; ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, op. cit., p. 1057. Eterodossa la posizione di F. BRICOLA, *I problemi giuridici relativi alla sperimentazione dei farmaci*, in ID., *Scritti di diritto penale*, I, a cura di S. CANESTRARI-A. MELCHIONDA, Milano, 1997, p. 76, il quale ritiene, invece, che la responsabilità di ogni partecipante ad un trattamento sanitario plurisoggettivo debba essere limitata al caso in cui siano violati gli obblighi di diligenza relativi ai compiti a ciascuno specificamente assegnati; in questa prospettiva un obbligo di controllo dell'operato altrui ed eventuale adeguamento del proprio non dovrebbe considerarsi meramente secondario ed eventuale rispetto alla percezione dell'altrui inaffidabilità, ma discende direttamente dalla natura e dal contenuto dei compiti spettanti a ciascun membro del gruppo; il compito di controllare l'operato altrui dovrebbe spettare unicamente al soggetto cui tale incombenza sia stata specificamente ed appositamente assegnata; in senso adesivo, per la maggiore aderenza di tale ricostruzione al principio di personalità della responsabilità penale, che presupporrebbe la previa esatta determinazione dei compiti spettanti a ciascun partecipante ad un'attività plurisoggettiva, cfr. N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984, p. 412.

¹⁷⁴ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., pp. 214 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., p. 592. In senso parzialmente differente, A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 228 e ss., secondo il quale la nozione di *équipe* «pena l'approdo ad elaborazioni concettuali poco compatibili con le varieghe ipotesi della casistica, non può [...] essere estesa a tutte le plurime prestazioni cui è sottoposto un paziente nel contesto ospedaliero o extraospedaliero, ma va riferita correttamente solo alle attività che comportano una contestuale prestazione diagnostica e terapeutica, svolta da un gruppo di sanitari aventi compiti differenziati»; quindi, «[...] medici, paramedici e tecnici, i quali, con ruoli e tempi diversi, partecipano a queste varie fasi, fanno sì parte dell'organizzazione dell'ente, ma non dell'*équipe* in senso stretto».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

multidisciplinare sincronica; in tal senso, il termine designerebbe unicamente le ipotesi in cui una pluralità di medici, di differente specializzazione e posizione funzionale, coopera nello stesso contesto spaziale e temporale per la cura del paziente; b) *l'équipe in senso lato*: il termine, secondo altra prospettiva, avrebbe un'accezione più ampia, designando, qualsiasi forma di esercizio di attività medica in forma plurisoggettiva mediante divisione del lavoro diversa dalle ipotesi precedentemente evidenziate; questa espressione è utilizzata per designare le ipotesi di cooperazione multidisciplinare diacronica, cioè “non contestuale” «in cui il trattamento medico, pur conservando carattere unitario, si snoda attraverso una pluralità di interventi specialistici ed eterogenei che, per quanto coordinati e convergenti verso un risultato comune, vengono posti in essere in fasi e tempi diversi della procedura sanitaria»¹⁷⁵.

¹⁷⁵ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 215.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Sez. 1. Cooperazione medica organizzata mediante divisione del lavoro in senso verticale: l'*équipe* di reparto.

I. [I profili funzionali medici nell'ambito delle strutture ospedaliere pubbliche]. Nell'*équipe* in cui il lavoro è organizzato verticalmente, i rapporti fra i medici che ne fanno parte sono strutturati secondo l'elemento gerarchico¹⁷⁶. Queste strutture sono rappresentate paradigmaticamente dal reparto ospedaliero. Nell'attuale organizzazione della realtà ospedaliera pubblica, gli ospedali sono suddivisi in reparti, vere e proprie cellule operative distinte in base alla branca dell'arte medica praticata. La strutturazione in reparti delle aziende ospedaliere riflette quella proliferazione di specializzazioni di cui parlavamo in apertura al presente lavoro. Col progredire della scienza e con l'accrescere della domanda di erogazione di prestazioni sanitarie nei confronti del Servizio Sanitario Nazionale, l'esigenza di prestazioni mediche sempre più efficaci ed efficienti si è tradotta in un quadro organizzativo che assecondasse questa richiesta "dal basso" di una specializzazione medica sempre maggiore¹⁷⁷.

Ogni reparto è organizzato monodisciplinariamente, nel senso che è composto da un gruppo di medici e da personale ausiliario scientificamente omogeneo e strutturato gerarchicamente secondo un organigramma funzionale disegnato, nei tratti essenziali, dal legislatore. In verità, le attività possono poi, all'interno del reparto, essere ripartite sia secondo un modello verticistico – per cui il soggetto in posizione funzionale superiore delega all'inferiore un compito diagnostico-terapeutico, mantenendo un obbligo di controllo sulla correttezza dell'operato dell'affidatario – sia secondo un modello orizzontale, fra medici aventi

¹⁷⁶ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, pp. 5 e ss. e 102 e ss., rispettivamente per la strutturazione gerarchica del reparto e per il ruolo del capo-*équipe* nella cooperazione medica sincronica. Cfr., altresì, P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, i delitti colposi*, *op. cit.*, pp. 193 e ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, pp. 294 e ss.; ID., *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, *op. cit.*, pp. 727 e ss.; L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, *op. cit.*, p. 852; E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, in S. CANESTRARI-F. GIUNTA-R. GUERRINI-T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, pp. 115 e ss.

¹⁷⁷ V. FINESCHI-P. FRATI-C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica*, *op. cit.*, pp. 261 e ss.;

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

identica posizione funzionale¹⁷⁸. Tuttavia, il tratto saliente di questo modello organizzativo è la presenza di una figura in posizione apicale¹⁷⁹ che svolge, fra l'altro, un'attività di indirizzo e vigilanza sulle prestazioni di diagnosi e di cura previamente affidate ai medici in posizione subalterna.

In questo contesto, è necessario verificare la rilevanza del principio di affidamento in considerazione dell'esistenza in capo al medico in posizione apicale di obblighi di controllo, puntualmente individuati dalla giurisprudenza valorizzando il non sempre univoco dato normativo, rispetto ai medici funzionalmente inferiori; e di obblighi di controllo – e di dissenso, eventualmente – del medico in posizione subordinata rispetto alle direttive o istruzioni ricevute dal medico in posizione apicale.

Il tutto è ulteriormente complicato da un'ambiguità normativa di fondo. Le leggi applicabili a questa tipologia di casi – che analizzeremo – fanno riferimento, oltre all'obbligo di controllo del primario, anche alla «*autonomia vincolata alle direttive ricevute*», espressione che descrive la posizione funzionale sia del medico in posizione iniziale (ex “assistente”, oggi “dirigente medico” all'atto della prima assunzione), sia del medico in formazione specialistica.

II. [Evoluzione del quadro normativo relativo all'organizzazione ospedaliera] Prima di analizzare le specifiche problematiche emerse nell'ambito del lavoro medico-chirurgico “gerarchizzato”, appare opportuno premettere una disamina dell'evoluzione normativa che ha interessato la questione, individuando sul piano normativo le tre figure fondamentali del “*medico in posizione apicale*”, del “*medico in posizione intermedia*”, del “*medico in posizione iniziale*”¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Cfr. D. GUIDI, *L'attività medica in équipe*, op. cit., p. 215; M. RIPONI, *L'attività medica plurisoggettiva*, in F. PECCENINI (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007, p. 160; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, op. cit., p. 337 e ss.

¹⁷⁹ A. CIAURI, *La responsabilità professionale del medico in posizione apicale*, in *Nuovo diritto*, 1993, p. 655; ID., *Sulla responsabilità dell'assistente ospedaliero per gli errori commessi dal primario*, in *Nuovo diritto*, 2000, p. 165.

¹⁸⁰ Tale terminologia, come sarà evidente nel corso della trattazione, è aderente al dato normativo emergente dall'art. 63, D.P.R. n. 761/1979. Tale testo normativo, attualmente vigente, convive col D. Lgs. n. 502/1992 (e successive modificazioni), che adotta una differente terminologia: “dirigente medico”, “dirigente medico” con 5 anni di anzianità di servizio, potenzialmente direttore di struttura semplice, “direttore di struttura complessa”. Le qualifiche di “assistente”, “aiuto” e “primario”, invece, derivavano dall'art. 7 dell'abrogato D.P.R. 128/1969. Abbiamo preferito utilizzare la terminologia riportata nel testo perché, oltre ad avere

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

L'organizzazione della sanità pubblica ha subito nel corso del tempo una evoluzione normativa considerevole¹⁸¹. I testi normativi che dovremo prendere in considerazione sono il R.D. 30 settembre 1938, n. 1631; il D.P.R. 27 marzo 1969, n. 128; il D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761; il D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (e successive modifiche).

II. 1. [Il medico in posizione apicale]. La figura del medico in posizione apicale è stata oggetto diverse volte dell'attenzione del legislatore, perdendo col tempo la sua fisionomia originaria di vero e proprio «*dominus* del proprio reparto»¹⁸² in favore di un ruolo di medico con funzioni di coordinatore e controllore della efficiente ed efficace gestione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie nel reparto di sua competenza. Ciò, anche a causa della progressiva valorizzazione legislativa dell'autonomia professionale dei medici incardinati nelle posizioni funzionali inferiori.

Dunque, in via generale, possiamo affermare che questa figura si caratterizzi per la duplicità delle funzioni che esercita: sia funzioni di carattere diagnostico-terapeutico che funzioni di carattere – in senso lato – amministrativo-gestionale.

II. 1. 1. [R.D. n. 1631/1938] Giova inaugurare questa analisi diacronica considerando anzitutto il dato normativo emergente dal già citato R.D. n. 1631/1938, art. 24¹⁸³. Nella dettagliata elencazione delle mansioni rientranti nella

tuttora vigore, ci pare evidenzi meglio, rispetto al lessico legislativo adottato più di recente, la progressione scalare delle qualifiche funzionali mediche.

¹⁸¹ L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 840 e ss.; E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 124 e ss.

¹⁸² M. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, op. cit., p. 140. Cfr. F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 5 e ss.; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, i delitti colposi*, op. cit., pp. 195 e ss.; E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 125 e ss.; L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 852 e ss.; A. BERTOCCHI-C. ATTINÀ, *La responsabilità della (e nella) équipe medica*, in U. RUFFOLO (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 2004, pp. 197 e ss.; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, op. cit., p. 337 e ss.

¹⁸³ Art. 24, R.D. n. 1631/1938: «Il primario ha la direzione di una divisione di medicina o di chirurgia o di specialità ovvero è a capo di istituti, laboratori, gabinetti di indagini e terapie speciali.

Egli ha le seguenti attribuzioni:

- a) vigila sul buon andamento dei servizi igienici e sull'operosità e disciplina del personale assegnato alla propria divisione;
- b) visita giornalmente, nelle ore stabilite dalla direzione, e in qualunque ora in caso di necessità, gli ammalati ricoverati, formula le diagnosi, prescrive il tipo dietetico e determina il trattamento curativo pertinente ai singoli ricoverati, controllando che le prescrizioni date vengano eseguite; pratica direttamente sui malati quegli interventi che ritiene di non poter affidare all'aiuto;

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

titolarità del c.d. «*primario*» deve essere evidenziato il comma 1, in cui si sottolineava il ruolo direttivo che spettava a questa figura professionale con riferimento alla divisione organizzativa assegnatagli: «*Il primario ha la direzione di una divisione [...]*». Ruolo direttivo confermato dalla lettura delle mansioni assegnategli dalla legge. Importanti appaiono, principalmente, le lettere a) e b). La prima attribuiva al primario la vigilanza «*sul buon andamento dei servizi igienici e sull'operosità e disciplina del personale assegnato alla propria divisione*»; la seconda stabiliva che egli «*visita giornalmente, nelle ore stabilite dalla direzione, e in qualunque ora in caso di necessità, gli ammalati ricoverati, formula le diagnosi, prescrive il tipo dietetico e determina il trattamento curativo pertinente ai singoli ricoverati, controllando che le prescrizioni date vengano eseguite; pratica direttamente sui malati quegli interventi che ritiene di non poter affidare all'aiuto*».

Dalla complessiva lettura di queste disposizioni emerge come il primario svolgesse essenzialmente un ruolo di controllo e supervisione sull'attività diagnostico-terapeutica praticata nella divisione di cui è responsabile. I compiti curativi in senso materiale erano assegnati agli «*aiuti*» (medici in posizione funzionale intermedia), a meno che il primario non avesse ritenuto di doverli assolvere personalmente: al primario, di regola permanevano compiti di visita dei malati, di formulazione delle diagnosi, di determinazione dei trattamenti terapeutici da eseguirsi. Un'attività in senso lato “gestionale” ma non esecutiva, se non nei casi in cui fosse lo stesso primario a riservarsi determinati casi clinici.

Ciò, tuttavia, comportava l'assunzione di responsabilità diretta nei confronti di tutti i pazienti ricoverati nella divisione di sua competenza.

c) dirige il servizio di ambulatorio, secondo le disposizioni ed i turni determinati dal direttore sanitario;

d) si assicura che gli ammalati ammessi nella divisione abbiano necessità di ricovero in ospedale e che la degenza non si prolunghi oltre il tempo strettamente necessario alla cura;

e) cura, sotto la propria responsabilità, la regolare tenuta delle cartelle cliniche e dei registri nosologici;

f) fa le richieste dei materiali di corredo della divisione e vigila sulla conservazione di essi;

g) deve prestarsi ai consulti richiesti dei dirigenti di altri reparti.

Il primario capo di istituto o di laboratorio o di gabinetto di indagini e cure alla direzione dei relativi servizi nell'ambito dei quali deve corrispondere alle richieste del direttore sanitario e dei primari curanti.

Il primario, alla cessazione del servizio, può dall'amministrazione ospedaliera essere nominato “primario ospedaliero emerito”».

Cfr. M. L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, op. cit., p. 140; C. Parodi-V. Nizza, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, op. cit., p. 134.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

II. 1. 2. [D.P.R. n. 128/1969] Successivamente, tale testo normativo fu sostituito dal D.P.R. n. 128/1969. La disposizione dedicata al primario è l'art. 7, comma 3¹⁸⁴. Rispetto al quadro normativo previgente, nulla appare cambiato con riferimento al ruolo di *dominus* del reparto che il primario sembra ancora rivestire.

Accanto ad alcuni aspetti di disciplina delle mansioni direttamente discendenti dalla previgente legislazione (ad es. vigilanza sul personale sottordinato, definizione dei criteri diagnostici-terapeutici che i medici subalterni dovranno attuare, attività curativa diretta solo su pazienti la cui cura ritenga di non dover delegare ai collaboratori), la disposizione in analisi tuttavia ha introdotto un'innovazione di sicuro interesse: il primario «*ha la responsabilità dei malati*»¹⁸⁵.

Questa norma avrebbe potuto indurre a ritenere che il primario avesse una posizione di garanzia estesa ad ogni caso clinico presente nella divisione ospedaliera da lui diretta; ed in effetti la giurisprudenza non ha mancato di interpretare in senso particolarmente lato questo dato normativo. Ma in realtà, lo stesso art. 7 del D.P.R. n. 128/1969, con riferimento alle figure dell'aiuto e dell'assistente, ha stabilito espressamente che il primo avesse «*la responsabilità delle sezioni affidategli*» (art. 7, comma 4), e che il secondo avesse «*la responsabilità dei malati a lui affidati*» (art. 7, comma 6). Quindi il D.P.R. n. 128/1969, nel delineare i profili funzionali medici in ambito ospedaliero prevedeva, non senza alcune ambiguità terminologiche, margini di autonomia via via crescenti in capo all'assistente e all'aiuto. E l'evoluzione

¹⁸⁴ Art. 7, comma 3 D.P.R. n. 128/1969: «*Il primario vigila sulle attività e sulla disciplina del personale sanitario, tecnico, sanitario ausiliario ed esecutivo assegnato alla sua divisione o servizio, ha la responsabilità dei malati, definisce i criteri diagnostici e terapeutici che devono essere seguiti dagli aiuti e dagli assistenti, pratica direttamente sui malati gli interventi diagnostici e curativi che ritenga di non affidare ai suoi collaboratori, formula la diagnosi definitiva, provvede a che le degenze non si prolunghino oltre il tempo strettamente necessario agli accertamenti diagnostici ed alle cure e dispone la dimissione degli infermi; è responsabile della regolare compilazione delle cartelle cliniche, dei registri nosologici, e della loro conservazione, fino alla consegna all'archivio centrale; inoltra tramite la direzione sanitaria, le denunce di legge; pratica le visite di consulenza richieste dai sanitari di altre divisioni o servizi; dirige il servizio di ambulatorio, adeguandosi alle disposizioni ed ai turni stabiliti dal direttore sanitario; cura la preparazione ed il perfezionamento tecnico-professionale del personale da lui dipendente e promuove iniziative di ricerca scientifica; esercita le funzioni didattiche a lui affidate.*»

¹⁸⁵ Cass. Pen., Sez. IV, 7 dicembre 1999, n. 1126, Gulisano e altri, in C.E.D. Cass., n. 215660: «*Il primario ospedaliero è titolare di una specifica posizione di garanzia nei confronti dei suoi pazienti alla quale non può sottrarsi adducendo che ai reparti sono assegnati altri medici o che il suo intervento è dovuto solo in casi di particolari difficoltà o di complicazioni; ciò risulta chiaramente dall'art. 7, comma 3, del D.P.R. 27 marzo 1969 n. 128 (ordinamento interno dei servizi ospedalieri) che gli attribuisce la "responsabilità" dei malati e dall'art. 63, comma 5, del D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 (stato giuridico del personale delle U.S.L.) secondo il quale il medico appartenente alla posizione apicale ha il potere di impartire istruzioni e direttive in ordine alla diagnosi e alla cura e di verificarne l'attuazione.*» In termini, Cass. Pen., Sez. IV, 7 giugno 2000, n. 7483, Perrino, in C.E.D. Cass., n. 216801.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

normativa è andata proprio nel senso di una maggiore valorizzazione di tale loro autonomia professionale.

II. 1. 3. [D.P.R. n. 761/1979] La svolta nel senso di un maggiore equilibrio fra le varie posizioni funzionali mediche si ebbe con l’emanazione del D.P.R. n. 761/1979, relativo allo stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali. L’art. 63 è dedicato alle posizioni funzionali dei medici incardinati nel Servizio Sanitario Nazionale. La figura del «*medico in posizione apicale*» è disciplinata nei commi 5 e 6¹⁸⁶.

Dalle disposizioni citate emerge, relativamente alle attribuzioni spettanti al medico in posizione apicale, una fondamentale tripartizione: a) attività e prestazioni medico-chirurgiche; b) attività di studio, didattica e ricerca; c) attività di programmazione e direzione dell’unità.

Le disposizioni recano utili indicazioni con riferimento alle funzioni *sub a)* e *sub c)*, rispetto alle quali non si tace un collegamento reciproco molto stretto.

In sostanza il medico in posizione apicale, oltre ad essere obbligato a svolgere in prima persona attività diretta alla cura del paziente, organizza il plesso organizzativo ospedaliero a lui affidato. Questa attività direttiva si sostanzia in una serie di mansioni: a) preparazione dei piani di lavoro e verifica della loro attuazione; b) divisione del lavoro fra sé e gli altri medici incardinati nella struttura, fermo restando, per i casi assegnati ad altri medici, la possibilità di avocarli a sé, con esclusiva assunzione di responsabilità e fermo restando l’obbligo di collaborazione da parte del medico “spogliato” del caso clinico; c) indirizzo e verifica con riferimento all’attività diagnostico-terapeutica, tramite istruzioni e direttive, pur nel pieno rispetto dell’autonomia professionale del personale ivi operante¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Art. 63, commi 5 e 6, D.P.R. n. 761/1979: «*il medico appartenente alla posizione apicale svolge attività e prestazioni medico-chirurgiche, attività di studio, di didattica e di ricerca, di programmazione e di direzione dell’unità operativa o dipartimentale, servizio multinazionale o ufficio complesso affidatogli. A tal fine cura la preparazione dei piani di lavoro e la loro attuazione ed esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e di cura, nel rispetto dell’autonomia professionale operativa del personale dell’unità assegnatagli, impartendo all’uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente alla situazione di esse.*»

«*In particolare, per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l’obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali.*»

¹⁸⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 26 marzo 1992, n. 5359, Vallara, in C.E.D. Cass., n. 190284: «*L’art. 63, quinto comma, d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, sullo stato giuridico del personale delle U.S.L., specifica che al Primario competono esclusivamente “funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura” ed è, dunque, esclusivamente in relazione a*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Questo assetto normativo sembra porsi in discontinuità rispetto al quadro normativo previgente. Non si fa riferimento alla «responsabilità dei malati» ricoverati nella struttura ma, al contrario, si valorizza la «autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli». Questo dovrebbe significare un abbandono della prospettiva precedentemente adottata dal legislatore, che vedeva il primario come *dominus* del reparto, in favore di un riparto funzionale fra medici che valorizza l'autonomia decisionale e professionale di ciascuno, fermo restando il potere di coordinamento, indirizzo, verifica del medico in posizione apicale.

Assume ora valenza centrale la divisione del lavoro, attuata attraverso l'atto di assegnazione dei pazienti ai vari medici della struttura. A tale divisione del lavoro dovrebbe tendenzialmente corrispondere una suddivisione delle responsabilità. Pur permanendo un potere di indirizzo e verifica in capo al medico in posizione apicale, la piena responsabilità del singolo caso clinico si radica in capo al medico che ne risulti in concreto affidatario. Lo si desume in negativo dall'analisi comma 6 dell'art. 63, laddove fa riferimento al potere di avocazione del medico in posizione apicale: *«In particolare, per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali»*. Da

tali funzioni che egli deve impartire "istruzioni direttive" ed esercitare "la verifica inerente all'attuazione di esse". Esulano, dunque, dai compiti assegnati al Primario, quelli manageriali e di organizzazione aziendale che spettano ai vertici amministrativi delle U.S.L. (nella specie, dotazione di contenitore di sostanze venefiche immediatamente distinguibili esteriormente da quelli destinati alla conservazione di medicinali), così come, in particolare, esula quello della custodia dei veleni, che spetta ad altri soggetti (caposala, infermiere professionale)». Cass. Pen., Sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162 Argelli, in C.E.D. Cass., n. 181340: «In tema di ripartizione dei ruoli funzionali (e delle relative responsabilità) tra il medico-chirurgo "primario" e il medico-chirurgo "aiuto", operanti in una struttura sanitaria pubblica, l'articolo 63 d.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 stabilisce, al quinto comma, che il "primario", tra l'altro, ha il potere d'impartire disposizioni e direttive, e di verificarne l'attuazione, nel rispetto dell'autonomia professionale-operativa del personale dell'unità assegnatagli, mentre, al sesto comma, nel prevedere un potere di avocazione, attribuito al "primario", stabilisce che, questo esercitato, ogni responsabilità è assunta dall'avocante ("primario"), al personale appartenente alle altre posizioni funzionali (tra cui rientra anche quella di "aiuto") residuando solo un obbligo di collaborazione. Pertanto, nel sistema della legge, il potere d'intervento del "primario", ex quinto comma citato art. 63 d.P.R. n. 761/79, nei precisati limiti, genera una situazione diversa da quella scaturente dall'esercizio del potere di avocazione, contemplato dal sesto comma dello stesso articolo, poiché, mentre l'esercizio del primo potere lascia spazio all'autonomia professionale delle altre posizioni funzionali, nell'ambito – e con i relativi diritti e doveri – di ciascuna qualifica funzionale, l'esercizio del secondo elimina tale autonomia lasciando a queste (altre posizioni funzionali) semplici compiti di collaborazione. La individuazione del dato processuale comprovante l'esercizio del potere di avocazione, e, quindi, l'accertamento di tale situazione, è questione rimessa al giudice del merito. Ne consegue che, ove tale accertamento non sia stato devoluto al giudice del gravame, non può essere posto a fondamento – in fatto – di motivo di ricorso in sede di legittimità, integrandosi, altrimenti, un'ipotesi di novum sanzionato dal divieto ex art. 525 codice procedura penale. (Fattispecie in cui il ricorrente, che in sede di appello aveva eccepito l'esercizio da parte del primario dei poteri di direttiva, di cui al quinto comma art. 63 d.P.R. n. 761/1979, in sede di legittimità sosteneva la carenza di nesso causale tra condotta (assuntamente negligente e imperita) ed evento per effetto – interruttivo – dell'esercizio del potere di avocazione del caso da parte del "primario" sulla base di presupposti non accertati dal, né mai devoluti al, giudice del merito)».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

questa disposizione si desume, infatti, che il medico in posizione apicale assume una “diretta responsabilità” solo nei confronti dei pazienti da lui precedentemente assegnati a sé stesso, e nei confronti di quelli che – precedentemente assegnati ad altri medici – decida di avocare a sé. L’espressione “*diretta responsabilità*” appare particolarmente significativa in quanto sembrerebbe radicare l’esclusiva responsabilità per i casi clinici oggetto di divisione del lavoro solamente in capo ai medici affidatari.

Permane, tuttavia, un potere di indirizzo, verifica e controllo da parte del medico in posizione apicale, che, tuttavia, deve essere armonizzato con l’autonomia professionale dei medici in posizione funzionale subalterna, cui l’art. 63, comma 5 fa espressa menzione. Rispetto alla disciplina previgente, contenuta nell’art. 7, comma 3, D.P.R. n. 128/1969, le disposizioni contenute nell’art. 63, commi 5 e 6, D.P.R. n. 761/1979 hanno introdotto dei significativi elementi di discontinuità, tanto che pare possibile, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria¹⁸⁸, ritenere fosse avvenuto un fenomeno di tacita abrogazione per incompatibilità della disciplina previgente rispetto a quella di nuova introduzione relativamente alla stessa materia¹⁸⁹.

II. 1. 4. [D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999] Ulteriore evoluzione normativa si ebbe col D. Lgs. n. 502/1992, recante «*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell’articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*»¹⁹⁰. Tale testo normativo ha espressamente abrogato il D.P.R. n. 128/1969¹⁹¹, per cui attualmente

¹⁸⁸ Cfr. R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, op. cit., pp. 338 e ss., il quale evidenzia che, fino alla espressa abrogazione del D.P.R. n. 128/1969, ad opera del D. Lgs. n. 502/1992, l’organizzazione ospedaliera era disciplinata, oltre che dal citato testo normativo, anche dal D.P.R. n. 761/1979; «In ogni caso, va rilevato che l’abrogazione dell’art. 7 del d.p.r. n. 128/1969 non ha determinato un diverso assetto sostanziale dei ruoli e dei rapporti all’interno del reparto: rimane quindi valida la giurisprudenza formatasi su tale normativa, mentre l’art. 63 del d.p.r. n. 761/1979 continua ad essere il principale riferimento normativo nell’esame delle problematiche connesse all’attribuzione della responsabilità nell’ambito dell’attività del reparto ospedaliero». In termini, F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d’équipe*, op. cit., p. 8. Nella dottrina medico-legale, cfr. V. FINESCHI-P. FRATI-C. POMARA, *I principi dell’autonomia vincolata, dell’autonomia limitata e dell’affidamento nella definizione della responsabilità medica*, op. cit., p. 261.

¹⁸⁹ Tesi sostenuta da M. L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l’evento nelle strutture sanitarie complesse*, op. cit., p. 144.

¹⁹⁰ L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., p. 841; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., pp. 121 e ss.; R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, op. cit., p. 518.

¹⁹¹ Art. 4, comma 10, D. Lgs. n. 502/1992: «*In ciascuna regione, a decorrere dalla data di entrata in vigore della disciplina di riorganizzazione ospedaliera di cui al presente articolo, e comunque entro un triennio dall’entrata in vigore del D. Lgs. 7 dicembre 1993, n. 517, cessano di avere efficacia le disposizioni di cui [...] al D.P.R. 27 marzo 1969, n. 128*».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

le leggi di riferimento per quanto concerne il profilo funzionale dei medici del Servizio Sanitario Nazionale sono l'art. 63, D.P.R. n. 761/1979, appena analizzato nei tratti essenziali e l'art. 15, «*Disciplina della dirigenza del ruolo sanitario*»¹⁹².

La norma citata ha subito nel corso del tempo numerose modifiche. Il testo attualmente vigente deriva dalle modifiche introdotte dal D. Lgs. 19 giugno 1999, n. 229, recante «*Norme per la razionalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419*», il cui art. 13 ha collocato la dirigenza sanitaria in un unico ruolo ed in un unico livello¹⁹³.

A prima vista, è scomparsa la tripartizione fra medici in posizione iniziale, intermedia e apicale. In base alla normativa attualmente in vigore, i medici incardinati nella struttura sanitaria pubblica sono tutti qualificati come «*dirigenti sanitari*», la cui attività – *ex art. 15, comma 3, D. Lgs. n. 502/1992* – «*è caratterizzata, nello svolgimento delle proprie mansioni e funzioni, dall'autonomia tecnico-professionale i cui ambiti di esercizio, attraverso obiettivi momenti di valutazione verifica, sono progressivamente ampliati. L'autonomia tecnico-professionale, con le connesse responsabilità, si esercita nel rispetto della collaborazione multiprofessionale, nell'ambito di indirizzi operativi e programmi di attività promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale ed aziendale, finalizzati all'efficace utilizzo delle risorse e all'erogazione di prestazioni appropriate e di qualità. Il dirigente, in relazione all'attività svolta, ai programmi concordati da realizzare è dalle specifiche funzioni allo stesso attribuite, è responsabile del risultato anche se richiedente un impegno orario superiore a quello contrattuale*».

L'importanza capitale di questa disposizione, specie per quanto concerne il progressivo ampliamento dei margini di autonomia professionale dei medici, sarà

¹⁹² Art. 15, D. Lgs. n. 502/1992, commi 1 e 2, testo originario: «*1. La dirigenza del ruolo sanitario è articolata in due livelli.*

2. Al personale medico e delle altre professionalità sanitarie del primo livello sono attribuite le funzioni di supporto, di collaborazione e corresponsabilità, con riconoscimento di precisi ambiti di autonomia professionale, nella struttura di appartenenza, da attuarsi nel rispetto delle direttive del responsabile. Al personale medico e delle altre professionalità sanitarie del secondo livello sono attribuite funzioni di direzione ed organizzazione della struttura da attuarsi anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa e l'adozione dei provvedimenti relativi, necessari per il corretto espletamento del servizio; spettano, in particolare, al dirigente medico appartenente al secondo livello gli indirizzi e, in caso di necessità, le decisioni sulle scelte da adottare nei riguardi degli interventi preventivi, clinici, diagnostici e terapeutici; al dirigente delle altre professioni sanitarie spettano di indirizzi e le decisioni da adottare nei riguardi dei suddetti interventi limitatamente a quelli di specifica competenza».

¹⁹³ Art. 15, comma 1, D. Lgs. n. 502/1992, attualmente vigente: «*[...] la dirigenza sanitaria è collocata in un unico ruolo, distinto per profili professionali, ed in un unico livello, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali. [...]*».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

analizzata successivamente, dopo aver prima analizzato singolarmente le figure professionali che ineriscono all'organizzazione ospedaliera.

Ai nostri fini, attualmente la norma di riferimento è contenuta nell'art. 15, comma 6 del D. Lgs. n. 502/1992¹⁹⁴.

Anche questa disposizione sottolinea con precisione che al singolo dirigente «con incarico di direzione di struttura complessa» spettano non solo mansioni derivanti dal concreto espletamento delle proprie competenze professionali – quindi, compiti diagnostico-terapeutici – ma anche «funzioni di direzione e organizzazione della struttura». Questi compiti devono essere attuati, essenzialmente, attraverso «direttive» al personale e «decisioni», espressamente qualificate come «necessarie» a garantire l'effettività sia dei compiti organizzativi che di quelli diagnostico-terapeutici.

Dalla esegesi della disposizione citata, emerge come la figura del medico in posizione apicale abbia assunto marcati tratti manageriali che si giustappungono a quelli propriamente medici. Il riferimento alla responsabilità per la «efficace ed efficiente gestione delle risorse attribuite» ed al fatto che «i risultati della gestione sono sottoposti a verifica annuale [...]», unitamente alla necessità che i dirigenti medici con incarico di direzione di struttura complessa conseguano un «attestato di formazione manageriale»¹⁹⁵, requisito necessario per lo svolgimento di tale incarico¹⁹⁶, confermano la trasfigurazione della figura del medico in posizione apicale: da medico onnipotente e onnipresente, *dominus* incontrastato del reparto, in quanto responsabile di tutti i malati ricoverati nella propria divisione, ad amministratore e gestore di un plesso organizzativo ben preciso, e occasionalmente “medico” in senso stretto, con riferimento ai casi clinici assegnati alla propria personale competenza¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Art. 15, comma 6, D. Lgs. n. 502/1992, attualmente vigente: «Ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa sono attribuite, oltre a quelle derivanti dalle specifiche competenze professionali, funzioni di direzione e organizzazione della struttura, da attuarsi, nell'ambito degli indirizzi operativi e gestionali del dipartimento di appartenenza, anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa, e l'adozione delle relative decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio e per realizzare l'appropriatezza degli interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche riabilitative, attuati nella struttura loro affidata. Il dirigente è responsabile dell'efficace ed efficiente gestione delle risorse attribuite. I risultati della gestione sono sottoposti a verifica annuale tramite il nucleo di valutazione.»

¹⁹⁵ Art. 5, comma 1, lett. d), D.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484.

¹⁹⁶ Art. 16 *quinquies*, D. Lgs. n. 502/1992.

¹⁹⁷ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 254: «La legge pone evidentemente in primo piano le funzioni di programmazione, di indirizzo e di verifica, funzioni cioè non strettamente assistenziali ma appartenenti alla sfera gestionale-organizzativa, comunque sempre più onerose e che vanno ad assorbire parte dell'attività del primario: ciò a riprova del fatto che il suo

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

II. 2. [Il medico in posizione intermedia]. Anche questa figura ha subito una evoluzione significativa in seguito al succedersi delle diverse riforme che hanno investito la materia dell'organizzazione sanitaria. Come in precedenza effettuato con riferimento alla figura del medico in posizione apicale, anche con riferimento al medico in posizione intermedia dovremo procedere diacronicamente nell'analisi dei cambiamenti che hanno interessato questa qualifica funzionale.

II. 2. 1. [R.D. n. 1631/1938] Nel R.D. n. 1631/1938 e nel D.P.R. n. 128/1969¹⁹⁸ tale figura assumeva il nome di «aiuto», denominazione che nella prassi giurisprudenziale – come del reato accade per il «primario» – resiste tutt'oggi.

L'originaria disciplina, contenuta nel già citato testo normativo del 1938¹⁹⁹, all'art. 25, comma 2, tratteggiava questa figura funzionale come stretto collaboratore del primario, “coadiuvato” «*in qualsiasi forma di intervento in confronto dei ricoverati*». Le mansioni dell'aiuto si spingevano eventualmente, previa esplicita decisione del primario, fino alla sostituzione di quest'ultimo.

L'aiuto – e l'assistente – era contemplato anche dal successivo art. 27, a norma del quale egli poteva svolgere, «*oltre alle proprie mansioni*», anche «*il servizio di guardia, di pronto soccorso e di accettazione dei malati, nonché [...] eseguire altri incarichi, in conformità alle disposizioni impartite dalla direzione sanitaria*».

dovere di controllo non può intendersi come rivolto ad ogni atto potenzialmente erroneo o lesivo nell'ambito del reparto, ma va condotto sull'andamento generale dello stesso».

Più rigida la posizione della giurisprudenza; cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 47145, Sciortino ed altri, in C.E.D. Cass., n. 232843, in *Ind. pen.*, 2007, pp. 727 e ss., con nota di A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, e in Cass. pen., 2007, con nota di G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, pp. 151 e ss.: «Il dirigente medico ospedaliero è titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura, perché i decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999 di modifica dell'ordinamento interno dei servizi ospedalieri hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico con i medici che con lui collaborano, ma non hanno eliminato il potere-dovere in capo al dirigente medico in posizione apicale di dettare direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura, ed infine il potere residuale di avocare a sé la gestione dei singoli pazienti. (La Corte, con specifico riferimento alla disciplina del D. Lgs. n. 502 del 1992 posto che i fatti si riferivano al 1995, ha statuito che l'omesso esercizio di siffatte competenze causa il coinvolgimento del dirigente medico nella responsabilità per il fatto omicidiario, conseguente all'omissione colposa del trattamento terapeutico, commesso dai medici collaboratori)».

¹⁹⁸ C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, op. cit., pp. 136 e ss.

¹⁹⁹ Art. 25, comma 2, R.D. n. 1631/1938: «[...] coadiuva il primario nel disimpegno delle sue mansioni, anche per quanto riguarda la vigilanza igienica e disciplinare, lo coadiuva nel servizio di ambulatorio e lo sostituisce nelle assenze, come in qualsiasi altra forma di intervento in confronto dei ricoverati, quando ciò viene a lui deferito dal primario dal quale dipende».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

II. 2. 2. [D.P.R. n. 128/1969] I compiti dell'aiuto subirono un ulteriore incremento a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7, commi 4 e 5, D.P.R. n. 128/1969²⁰⁰. Oltre alla stretta collaborazione col primario, tutt'ora rimarcata, l'aiuto «*ha la responsabilità delle sezioni affidategli e coordina l'attività degli assistenti*». Questa innovazione assume particolare rilevanza perché, pur nel sistema significativamente verticistico delineato nel testo normativo in analisi, vengono riconosciuti all'aiuto ambiti di autonomia operativa ben maggiori rispetto alla disciplina previgente²⁰¹.

Questo pone problemi di sovrapposizione fra posizioni di garanzia. Come abbiamo avuto modo di precisare in precedenza, il primario, in base alla disciplina del 1969 «*ha la responsabilità dei malati*» ricoverati nel plesso ospedaliero di sua competenza; mentre l'aiuto «*ha la responsabilità delle sezioni affidategli e coordina l'attività degli assistenti*». La giurisprudenza – come meglio vedremo nel proseguimento della trattazione – ha mostrato di propendere per una tesi ricostruttiva che valorizzasse un cumulo di posizioni di garanzia, in modo che primario e aiuto potessero rispondere in concorso per l'evento lesivo occorso al paziente: sul primario, anche quando non abbia agito materialmente sul paziente, sarebbe pur sempre rimproverabile un omesso controllo dell'attività dei propri collaboratori e dunque gli sarebbe sempre applicabile una posizione di garanzia volta all'impedimento di eventi lesivi del paziente attraverso l'esercizio di un costante e penetrante controllo sull'attività dei propri collaboratori²⁰².

²⁰⁰ Art. 7, commi 4 e 5, D.P.R. n. 128/1969: «*L'aiuto collabora direttamente con il primario nell'espletamento dei compiti a questo attribuiti; ha la responsabilità delle sezioni affidategli e coordina l'attività degli assistenti; risponde del suo operato al primario.*

L'aiuto sostituisce il primario in caso di assenza, impedimento o nei casi di urgenza. Tra più aiuti della stessa divisione o dello stesso servizio la sostituzione del primario spetta all'aiuto con maggiori titoli.

²⁰¹ Cass. Pen., Sez. IV, 7 giugno 2000, n. 7483, Perrino, in C.E.D. Cass., n. 216801: «*In tema di responsabilità dei medici ospedalieri ai sensi dell'art. 7 del d.p.r. 27 marzo 1969, n.128, il primario può, in relazione ai periodi di legittima assenza dal servizio, imporre all'aiuto l'obbligo di informarlo ed ha diritto di intervenire direttamente; tuttavia quando, avvertito, abbia dichiarato di voler assumere su di sé la decisione del caso, l'aiuto non può restare inerte in attesa del suo arrivo, ma, essendo titolare di una autonoma posizione di garanzia nei confronti dei pazienti, deve attivarsi secondo le regole dell'arte medica per rendere operativo ed efficace l'intervento del predetto primario, se del caso a quest'ultimo sostituendosi. (Nella specie la Corte ha osservato che in attesa dell'arrivo del primario che ha riservato a sé un intervento chirurgico urgente, l'aiuto non solo deve predisporre tutto l'occorrente all'operazione ma, laddove il ritardo si protragga, deve procedere all'intervento, a suo giudizio non ulteriormente procrastinabile).*

²⁰² Cfr. M. L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, op. cit., p. 152, secondo il quale il medico in posizione apicale non assume una posizione di garanzia nei confronti dei pazienti da lui assegnati ai medici in posizione funzionale subordinata.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

II. 2. 3. [D.P.R. n. 761/1979] La figura dell'aiuto è presa in considerazione anche nell'art. 63, comma 4, D.P.R. n. 761/1979, per effetto del quale assume la denominazione di «*medico appartenente alla posizione intermedia*»²⁰³.

Dalla lettura di questa norma emerge chiaramente come il rapporto fra medico in posizione apicale e medico in posizione intermedia sia meno improntato, rispetto al passato, ad una rigida gerarchia. Il medico in posizione intermedia, infatti, «*svolge funzioni autonome nell'area di servizi a lui affidata*». Questa autonomia si riferisce ad ampi settori, quali lo svolgimento di attività medico-chirurgiche – incluse le fasi di diagnosi e cura del paziente – attività di studio, ricerca, didattica. Il medico in posizione apicale manifesta la sua primazia con direttive il cui rispetto è obbligatorio per il medico in posizione intermedia.

Insomma, all'interno di un perimetro tracciato dal medico in posizione apicale attraverso la previa divisione del lavoro e l'esercizio del potere di direttiva in materia diagnostica e curativa, il medico in posizione intermedia ha un ampio margine di autonomia nei settori affidatigli. Il che manifesta un mutamento radicale rispetto al passato: con l'affievolirsi della primazia del «primario», le figure funzionali subordinate hanno acquisito maggiore spazio operativo, permettendo così alla figura apicale di acquisire compiti – e correlative responsabilità – di carattere (anche) gestionale e organizzativo.

Il medico in posizione intermedia assume quindi una effettiva posizione di garanzia con riferimento all'area di servizi che gli viene affidata dal medico in posizione apicale. Non pare possa residuare una cumulativa posizione di garanzia del c.d. «primario»: nei settori “delegati” questi mantiene un obbligo di sorveglianza, ma non impeditivo dell'evento²⁰⁴.

²⁰³ Art. 63, comma 4, D.P.R. n. 761/1979: «*Il medico appartenente alla posizione intermedia svolge funzioni autonome nell'area dei servizi a lui affidata, relativamente ad attività e prestazioni medico-chirurgiche, nonché ad attività di studio, di didattica, di ricerca e di partecipazione dipartimentale, anche sotto il profilo della diagnosi e cura, nel rispetto della necessità del lavoro di gruppo e sulla base delle direttive ricevute dal medico appartenente alla posizione apicale*».

²⁰⁴ Sulla distinzione fra posizione di garanzia e correlativo obbligo di garanzia, da un lato, e obbligo di sorveglianza, dall'altro, cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999; F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 160 e ss.: «[...] l'obbligo di garanzia è l'obbligo giuridico, gravante su *specifiche categorie predeterminate* di soggetti *previamente* forniti degli adeguati *poteri giuridici*, di impedire eventi offensivi di beni altrui, *affidati* alla loro tutela per l'*incapacità* dei titolari di adeguatamente proteggerli. [...] l'obbligo di sorveglianza [...] è l'obbligo giuridico, gravante su *specifiche categorie* di soggetti, *privi* di poteri giuridici impeditivi, di *vigilare* su altrui attività per conoscere della eventuale commissione di fatti offensivi e di *informarne* il titolare o il garante del bene».

II. 2. 4. [D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999] Ulteriore mutamento nello stato giuridico del medico in posizione intermedia si è avuto con l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 502/1992. Ricordiamo che originariamente la dirigenza medica era collocata su due livelli: il secondo era il livello apicale, mentre il primo raggruppava i medici che, secondo la disciplina del 1979, dovevano considerarsi titolari della posizione funzionale intermedia ed anche i medici in posizione funzionale iniziale.

L'art. 15, comma 2, nella sua originaria stesura, stabiliva che ai dirigenti sanitari appartenenti al primo livello dirigenziale spettavano «[...] *le funzioni di supporto, di collaborazione e corresponsabilità, con riconoscimento di precisi ambiti di autonomia professionale, nella struttura d'appartenenza, da attuarsi nel rispetto delle direttive del responsabile* [...]».

Aiuti e assistenti ricevevano, quindi, una disciplina assimilabile: le direttive del medico in posizione apicale ritagliavano per i subalterni aree di autonomia professionale, al di fuori delle quali dovevano prestare funzioni di supporto e collaborazione, con conseguente corresponsabilità.

Come già ricordato in precedenza, il D. Lgs. n. 229/1999 modificò radicalmente l'art. 15 del D. Lgs. n. 502/1992, riunendo in un unico livello la dirigenza medica²⁰⁵. Appare ora difficoltoso individuare una figura corrispondente a quella del medico in posizione funzionale intermedia, così plasticamente definita dalla legislazione del 1979.

Ora la figura del c.d. «aiuto» sembra potersi individuare – a norma dell'art. 15, comma 4, terzo periodo²⁰⁶ – nel dirigente sanitario con cinque anni di anzianità di servizio valutati positivamente, al quale possono essere attribuiti incarichi di elevata specializzazione oltre che la direzione di strutture semplici²⁰⁷.

²⁰⁵ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 254.

²⁰⁶ Art. 15, comma 4, terzo periodo, D. Lgs. n. 502/1992: «*In relazione alla natura e alle caratteristiche dei programmi da realizzare, alle attitudini e capacità professionali del singolo dirigente, accertate con le procedure valutative di verifica di cui al comma 5, al dirigente, con cinque anni di attività con valutazione positiva sono attribuite funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e di controllo, nonché possono essere attribuiti incarichi di direzione di strutture semplici*».

²⁰⁷ M. L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, op. cit., pp. 153 e ss.; L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., p. 854; E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., p. 132.

La volontà del legislatore della riforma del 1999 è stata evidentemente quella di smussare ancora una volta la gerarchia all'interno dell'organizzazione ospedaliera, conferendo maggiori ambiti di autonomia alle posizioni funzionali subordinate alla apicale²⁰⁸.

II. 3. [Il medico in posizione iniziale]. Questa posizione funzionale è quella gerarchicamente inferiore nella “piramide” in cui si struttura l'organizzazione ospedaliera pubblica.

II. 3. 1. [R.D. n. 1631/1938] Previsto nell'art. 26, R.D. n. 1631/1938²⁰⁹, il suo profilo funzionale presentava profili di marcata subordinazione rispetto sia al primario che all'aiuto; il che tuttavia non ha impedito alla giurisprudenza di incardinare nei suoi confronti una posizione di garanzia relativa ai pazienti in concreto affidati.

II. 3. 2. [D.P.R. n. 128/1969] Nel D.P.R. n. 128/1969, la figura dell'assistente era disciplinata nell'art. 7, commi 6 e 7²¹⁰. Questa norma confermava il vincolo esistente fra assistente, da un lato, e primario e aiuto, dall'altro; ma lo inquadra non più in un'ottica di rigida subordinazione ma di «*collaborazione*». Questa prima attenuazione del vincolo di subordinazione gerarchica è confermata dal fatto che la disposizione citata fa espresso riferimento al fatto che l'assistente «*ha la responsabilità dei malati a lui affidati; [...] provvede direttamente nei casi di urgenza*». Quindi, una figura professionale con precisi ambiti di autonomia, definiti dal primario con la

²⁰⁸ La giurisprudenza – cfr. la già richiamata Cass. Pen., Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 47145, Sciortino ed altri, in C.E.D. Cass., n. 232843 – tende a ritenere solo «terminologico» il mutamento operato dalle riforme in esame. *Contra, ex plurimis*, L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico, op. cit.*, p. 854: «Comprendere, alla luce di tali articolazioni ed attribuzioni, quali possano esserne i risvolti sul piano penalistico, in caso di esito infausto del trattamento sanitario, non è agevole. L'opinione secondo cui nulla è cambiato, pur cogliendo sicuri elementi di verità, appare troppo *tranchant*».

²⁰⁹ Art. 26, R.D. n. 1631/1938: «*Gli assistenti sono distinti in assistenti medico-chirurghi ed assistenti di specialità. Essi sono direttamente alle dipendenze del primario e dell'aiuto, per tutto quanto concerne il servizio di reparto. L'assistente è nominato per un biennio e può essere riconfermato per un periodo di tempo non superiore ad un altro biennio, previa autorizzazione del Prefetto*».

²¹⁰ Art. 7, commi 6 e 7, D.P.R. n. 128/1969: «*L'assistente collabora con il primario e con l'aiuto nei loro compiti; ha la responsabilità dei malati a lui affidati; risponde del suo operato all'aiuto e al primario; provvede direttamente nei casi di urgenza. In caso di assenza o di impedimento dell'aiuto, le sue funzioni sono esercitate dall'assistente con maggiori titoli o dall'assistente di turno*».

divisione del lavoro, nell'esercizio del suo potere organizzativo; non più una figura meramente esecutiva di decisioni e scelte maturate ai "piani funzionali" più elevati.

II. 3. 3. [D.P.R. n. 761/1979] Le considerazioni appena svolte hanno trovato puntuale riconoscimento nel più volte citato art. 63, D.P.R. n. 761/1979. In base al comma 3²¹¹, le attività che rientrano nell'ambito operativo del medico in posizione iniziale possono essere ricondotte a tre categorie fondamentali: a) «*attività professionali a lui direttamente affidate*», il cui espletamento è sottoposto a controllo e relativamente alle quali gode di «*autonomia vincolata alle direttive ricevute*»; b) attività medico-chirurgiche non affidate direttamente a lui, per le quali svolge «*funzioni [...] di supporto*»; c) «*funzioni di studio, di didattica e di ricerca, nonché attività finalizzate alla sua formazione*», relativamente alle quali soggiace alle direttive impartite dai medici funzionalmente superiori.

La disciplina in commento, dunque, valorizza l'autonomia professionale del medico in posizione iniziale. Essendo all'inizio del suo percorso professionale, le attività che compie sono sottoposte al controllo dei propri "superiori", secondo modalità diverse a seconda che i compiti siano a lui espressamente affidati – in tal caso gode di autonomia operativa, col solo limite del rispetto delle direttive ricevute – oppure no (in tal caso, come detto, egli svolge funzioni di supporto, dunque non ha margini di autonomia decisionale). La giurisprudenza ha valorizzato tali dati normativi per attribuire al medico in posizione iniziale affidatario di specifici casi clinici una posizione di garanzia relativamente a eventi infausti che possano derivare al paziente. Non può dunque essere considerato un mero esecutore di ordini.

II. 3. 4. [D. Lgs. n. 502/1992 e D. Lgs. n. 229/1999] Anche la figura del medico in posizione funzionale iniziale è stata presa in considerazione dalle riforme legislative degli anni Novanta. In particolare, l'art. 15, D. Lgs. n. 502/1992, come

²¹¹ Art. 63, comma 3, D.P.R. n. 761/1979: «*Il medico appartenente alla posizione iniziale svolge funzioni medico-chirurgiche di supporto e funzioni di studio, di didattica e di ricerca, nonché attività finalizzate alla sua formazione, all'interno dell'area dei servizi alla quale è assegnato, secondo le direttive dei medici appartenenti alle posizioni funzionali superiori. Ha la responsabilità per le attività professionali a lui direttamente affidate e per le istruzioni e direttive impartite nonché per i risultati conseguiti. La sua attività è soggetta a controllo e gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute.*»

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

modificato dal D. Lgs. n. 229/1999²¹², ha confermato il possesso in capo al medico in posizione iniziale – ora «*dirigente sanitario*» all’atto della prima assunzione – di un margine di autonomia operativa con riferimento ai casi clinici effettivamente assegnati, permanendo un vincolo rispetto alle direttive ed al programma fissato dal dirigente di struttura.

III. [La responsabilità del medico in posizione apicale. Analisi del dato normativo: *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*].

Tratteggiato, in una prospettiva diacronica, il quadro normativo di riferimento, il passo successivo attiene alla sua esegesi, allo scopo di verificare quali siano effettivamente i poteri che danno corpo alla posizione di garanzia²¹³ che la giurisprudenza riconosce al medico in posizione apicale.

Preliminarmente, occorre ricordare che, attualmente i dati normativi di cui tenere conto nell’interpretazione delle pronunce giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in *équipe* sono essenzialmente l’art. 63 del D.P.R. n. 761/1979 e l’art. 15 del D. Lgs. n. 502/1999, nel testo attualmente vigente. Ricordiamo, infatti

²¹² Art. 15, D. Lgs. n. 502/1992, come modificato dal D. Lgs. n. 229/1999: «*All’atto della prima assunzione, al dirigente sanitario sono affidati compiti professionali con precisi ambiti di autonomia da esercitare nel rispetto degli indirizzi del dirigente responsabile della struttura e sono attribuite funzioni di collaborazione e corresponsabilità nella gestione delle attività. A tali fini il dirigente responsabile della struttura predispone e assegna al dirigente un programma di attività finalizzate raggiungimento degli obiettivi prefissati ed al perfezionamento delle competenze tecnico professionali e gestionali riferite alla struttura di appartenenza. [...]*».

²¹³ Con riferimento alla posizione di garanzia e, più in generale, al reato omissivo improprio, nella letteratura ormai vasta sul punto, cfr. F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, op. cit., passim; F. GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, pp. 620 e ss.; ID., *La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, pp. 401 e ss.; A. GARGANI, *La congenita indeterminazione degli obblighi di protezione: due casi “esemplari” di responsabilità ex art. 40 comma 2 c.p.*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, pp. 1390 e ss.; F. MANTOVANI, *L’equiparazione del non impedire al cagionare*, in *Arch. Pen.*, 1987, pp. 45 e ss.; ID., *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, pp. 337 e ss.; ID., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, pp. 984 e ss.; G. MARINUCCI, *Causalità reale e causalità ipotetica nell’omissione impropria*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, pp. 523; C. PAONESSA, *Obbligo di impedire l’evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia 2012*, Pisa, 2013, pp. 641 e ss.; con particolare riferimento al settore medico, L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 833 e ss.; E. SBORRA, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 115 e ss.; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, op. cit., pp. 337 e ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., pp. 113 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., pp. 593 e ss.; A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, op. cit., pp. 1629 e ss.; A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, op. cit., pp. 727 e ss.; F. ANGIONI, *Note sull’imputazione dell’evento colposo con particolare riferimento all’attività medica*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, pp. 1279 e ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sulla c.d. “causalità omissiva” in materia di responsabilità medica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, pp. 1679 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

che il D.P.R. n. 128/1969 – il cui art. 7 ha per lungo tempo influenzato orientamenti giurisprudenziali piuttosto rigoristici – è stato formalmente abrogato proprio dal D. Lgs. n. 502/1992.

Atteso che l'oggetto della nostra indagine attiene essenzialmente ai profili relazionali della colpa medica²¹⁴, si tratterà di esaminare fondamentalmente due aspetti: a) la responsabilità del medico in posizione apicale per il fatto dei suoi collaboratori, in relazione ai suoi poteri di organizzazione, gestione e distribuzione del lavoro all'interno della divisione di sua competenza; b) la responsabilità dei medici in posizione funzionale subordinata per fatto del superiore gerarchico²¹⁵.

III. 1. [Responsabilità del medico in posizione apicale in relazione ai propri poteri di diagnostico-terapeutici e di organizzazione del lavoro] Il nucleo problematico attiene all'individuazione di un equo bilanciamento fra l'obbligo di vigilanza e corretta organizzazione che grava sul medico in posizione apicale per effetto della disciplina normativa esaminata e l'esigenza di evitare forme occulte di responsabilità oggettiva, *sub specie* di responsabilità di posizione, dovuta unicamente al fatto di ricoprire un ruolo di vertice all'interno della struttura²¹⁶.

Il problema consiste, sostanzialmente, nel verificare se gli obblighi organizzativi e di controllo istituzionalmente spettanti al c.d. «primario» configurino una eccezione, per così dire, assoluta all'operatività del principio di affidamento – con conseguente possibilità di una cooperazione colposa col medico in posizione subalterna in caso di evento infausto – oppure se il dato normativo analizzato lasci

²¹⁴ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, *op. cit.*, pp. 321 e ss.: «[...] sarà possibile ricostruire la nozione di colpa solo a patto di considerare, non solo la condotta dell'autore (come se fosse isolata dal contesto di riferimento in cui si svolge l'attività), ma anche i necessari fattori di interazione soggettiva. Tali fattori possono caratterizzarsi come interazione *verticale* od *orizzontale* (a seconda che si tratti di attività coordinate su base gerarchica o meno) o *diffusa* (quando non vi sia una coordinazione "organizzata" tra soggetti predefiniti: come accade, per esempio, nel contesto della circolazione stradale). L'interazione può poi rilevare in senso *sincronico* o *diacronico*»; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *op. cit.*, p. 482 e ss.; nella dottrina civilistica, fondamentale il contributo di F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996.

²¹⁵ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, pp. 216 e ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, pp. 304 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, *op. cit.*, pp. 610 e ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, *op. cit.*, pp. 105 e ss.; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 5 e ss.

²¹⁶ R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, *op. cit.*, p. 515; recentemente, A. MASSARO, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, pp. 3865 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

comunque spazio per l'applicabilità del suddetto principio, proprio allo scopo di ricondurre la fattispecie entro i limiti tracciati dall'art. 27, comma 1 Cost.²¹⁷

Il medico in posizione apicale, quindi, sulla base della disciplina di settore attualmente vigente, ha, oltre che compiti medico-chirurgici propri, anche l'obbligo di dividere il lavoro fra sé e gli altri medici del reparto e di verificare che le direttive e istruzioni che impartisce relativamente alle prestazioni di diagnosi e cura che devono essere effettuate siano correttamente attuate.

I possibili profili di colpa in cui il medico in posizione apicale può incorrere sono quindi di vario genere, ma riconducibili a due macrocategorie: la c.d. *culpa in eligendo* e la c.d. *culpa in vigilando*²¹⁸.

III. 1. 1. [La *culpa in eligendo* del medico in posizione apicale] La *culpa in eligendo* ricorre nel caso in cui il medico in posizione apicale, nel momento prettamente organizzativo in cui divide il lavoro fra i vari medici appartenenti al proprio reparto, affida la cura di determinati casi clinici a medici non adeguatamente preparati per affrontarli nel modo migliore. In caso di evento infausto, dovuto alla condotta colposa del medico affidatario, incorrerà in responsabilità anche il medico in posizione apicale, avendo concausato colposamente l'evento infausto attraverso l'inadeguata divisione del lavoro.

L'analisi del tema della *culpa in eligendo* impone dunque di soffermarsi sugli strumenti giuridici che il medico in posizione apicale può utilizzare per dividere il

²¹⁷ D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, op. cit., p. 325: con riferimento alla «polverizzazione delle funzioni all'interno delle organizzazioni complesse [...], il discorso attorno alla eventuale responsabilità penale per l'evento impone pur sempre di selezionare, all'interno della compagine organizzativa della rete di relazioni interconnesse, le *condotte colpose di singoli soggetti*, in ossequio al principio di personalità, ossia di responsabilità per fatto proprio (e colpevole)».

²¹⁸ Sulla distinzione tra *culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*, cfr. F. GIUNTA, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, pp. 106, il quale distingue le regole cautelari, in base alla loro finalità preventiva, fra quelle «finalizzate a contenere la pericolosità della condotta del soggetto gravato dal dovere di diligenza o quella altrui». Quando viene violata la regola di diligenza volta disciplinare la condotta pericolosa altrui, si ha un'ipotesi di *culpa in vigilando*, tale da fondare ipotesi di cooperazione colposa in caso di esito infausto; invece, in caso di violazione di regole prudenziali «che operano in un momento precedente all'inizio dell'attività pericolosa, nel senso che orientano la scelta del soggetto al quale è possibile affidare lo svolgimento» di una determinata attività, allora si ha un'ipotesi di *culpa in eligendo*. Con precipuo riferimento al settore medico-chirurgico, cfr. A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, op. cit., pp. 732 e ss.; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 249 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., pp. 610 e ss.; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 5 e ss.

lavoro fra sé e i medici della struttura considerata. L'art. 63 del D.P.R. n. 761/1979 fa riferimento ad un "atto di assegnazione dei pazienti" con cui il "primario" delega l'esercizio delle prestazioni sanitarie ai suoi collaboratori²¹⁹.

Il che risponde perfettamente ad esigenze di carattere pratico, in quanto sarebbe del tutto utopistico ipotizzare che – come del resto prevedeva l'abrogato art. 7, D.P.R. n. 128/1969 – il medico di vertice abbia effettivamente in carico la cura di tutti i malati ricoverati nel proprio reparto. L'organizzazione del lavoro attraverso l'assegnazione dei pazienti (anche) ad altri medici assolve ad una funzione di razionalizzazione dell'erogazione del servizio sanitario: con lo strumento dell'assegnazione, il primario suddivide con precisione ruoli e competenze all'interno del reparto. Il che, peraltro, risponde anche ad esigenze di carattere prettamente cautelare, essendo del tutto evidente che il singolo paziente potrà ricevere cure più efficaci ed efficienti se ha a disposizione medici specificamente incaricati di seguirne il decorso patologico e diagnostico-terapeutico.

III. 1. 1. 1. [L'assegnazione dei pazienti al personale subordinato e la delega di funzioni] Si deve peraltro sciogliere una riserva di carattere tecnico-dogmatico. L'atto di assegnazione dei pazienti a sé o agli altri medici del reparto è riconducibile al modello della "delega di funzioni"²²⁰ o si tratta di un istituto che, per quanto largamente sovrapponibile, deve essere tenuto distinto e separato?

Secondo la tesi dominante in dottrina, sulla base del combinato disposto degli artt. 63, D.P.R. n. 761/1979 e 15, D. Lgs. n. 502/1992, ritiene che il medico in posizione apicale operi una vera e propria «delega di funzioni impeditive dell'evento» in capo al medico in posizione subalterna²²¹. Infatti, le norme in tema di

²¹⁹ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 258 e ss.; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 223.

²²⁰ Il tema della delega di funzioni sarà analizzato anche successivamente, in relazione al contiguo tema della successione nella posizione di garanzia; fin d'ora si rinvia, tuttavia, a T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006; ID., *Profili penali della delega di funzioni*, Milano, 2008.

²²¹ Cfr. S. BELTRANI-D. CARCANO, *Art. 40 c.p.*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2010, pp. 68 e ss.; A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, op. cit., p. 1631; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., pp. 218; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, pp. 236 e ss; in giurisprudenza, Cass. Pen. Sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39609, in C.E.D. Cass., n. 237832, in cui si legge che gli obblighi di garanzia connessi all'esercizio della

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

organizzazione ospedaliera consentono al medico in posizione apicale di trasferire al medico subordinato funzioni mediche di alta specializzazione o la direzione di intere strutture semplici (con riferimento al medico in posizione intermedia) oppure la cura di singoli pazienti ricoverati nella struttura (con riferimento al medico in posizione iniziale)²²². Inoltre, conformemente al meccanismo di funzionamento tipico della

professione sanitaria possono essere delegati, con conseguente esclusione della responsabilità del titolare originario della posizione di garanzia; e «perché ciò avvenga è, peraltro, necessario che il delegato sia persona capace e competente nel settore e che il delegante tenga sempre conto delle peculiarità del caso in esame, dell'eventuale carattere di urgenza che esso presenta e della gravità dello stato di salute del paziente». Cfr., altresì, Cass. Pen., Sez. IV, 28 maggio 2008, n. 24360, Rago e altri, in C.E.D. Cass., n. 240941: «In tema di colpa medica, la preparazione del composto medicinale da somministrare rientra tra i compiti del medico chirurgo, che deve controllarne la correttezza anche nel caso in cui ne deleghi l'esecuzione materiale a persona competente»; in particolare, si è ritenuto che nonostante la delega, il medico permanga, nei confronti del paziente, unico responsabile dell'atto medico della somministrazione del medicinale; da ciò, l'obbligo di verificare il corretto espletamento dell'incarico pur delegato a persona competente.

La non delegabilità dell'incombenza è costantemente ribadita nella prassi con riferimento al tema della derelizione di oggetti nel corpo del paziente; Cass. Pen., Sez. IV, 7 marzo 2008, n. 15282, Vavassori e altri, in C.E.D. Cass., n. 239605: «In tema di colpa medica nell'attività di "équipe", tutti i soggetti intervenuti all'atto operatorio devono partecipare ai controlli volti a fronteggiare il ricorrente e grave rischio di lasciare nel corpo del paziente oggetti estranei; ne consegue che non è consentita la delega delle proprie incombenze agli altri componenti, poiché ciò vulnererebbe il carattere plurale, integrato, del controllo, che ne accresce l'affidabilità»;

Contra, M. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, op. cit., pp. 174 e ss. L'Autore, pur ammettendo significative somiglianze, distingue nettamente i due istituti della delega di funzioni e dell'assegnazione dei pazienti ai medici di livello funzionale inferiore. La delega si sostanzia in una attribuzione di funzioni impeditive – e delle relative responsabilità – ad un soggetto che *ab origine* ne era privo: si verifica quindi una traslazione di funzioni a titolo derivativo dalla sfera giuridica del delegante, che se ne spoglia, alla sfera giuridica del delegato, che le acquista per la prima volta al perfezionarsi della predetta fattispecie. Questo meccanismo non si riscontra, invece, nel caso dell'assegnazione dei pazienti ai medici del reparto operata dal medico in posizione apicale. L'art. 63, D.P.R. n. 761/1979, infatti, stabilisce che il medico in posizione apicale «assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati». Il fatto che il medico in posizione apicale debba (*rectius*: possa) assegnare anche a sé stesso i pazienti ricoverati nella struttura significa che – a differenza del quadro emergente dall'art. 7, D.P.R. n. 128/1969 in cui si stabiliva espressamente che il primario ha la cura dei malati ricoverati nella struttura – egli non ha *ab origine* una posizione di garanzia nei confronti degli stessi, ma che questa deriva, a titolo originario, dall'atto di assegnazione. Insomma, secondo questa differente impostazione, in ambito medico nel momento in cui il lavoro viene suddiviso fra tutti i medici incardinati nella struttura, non si verifica una traslazione a titolo derivativo di funzioni impeditive dal soggetto in posizione apicale ad altro in posizione funzionale inferiore: tutti i medici, a seguito della divisione del lavoro tramite atto di assegnazione, acquistano tale obbligo giuridico di impedimento dell'evento a titolo originario. Ne consegue, infine, che lo schema della delega di funzioni, in ambito di organizzazione medica, è inapplicabile stante il chiaro disposto normativo dell'art. 63, D.P.R. n. 761/1979.

Quindi, secondo l'Autore, il medico in posizione apicale è «non titolare originario delle funzioni [...] ma organizzatore del lavoro con potere di distribuzione degli incarichi a sé o agli altri medici».

²²² A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, op. cit., p. 1631: «Il primario [...] per rendere maggiormente gestibile ed efficiente l'attività della sezione a lui affidata, può e deve, secondo criteri il più possibile oggettivati, delegare la responsabilità diretta, per quanto concerne l'organizzazione, di sotto-strutture operative ai propri collaboratori in posizione intermedia; nonché, per quel che riguarda, invece, il trattamento più propriamente medico-chirurgico di singoli pazienti, anche a collaboratori in posizione iniziale. In tal modo, peraltro, il primario non si libera totalmente dei doveri a lui in linea di principio spettanti; mediante la delega, egli disloca soltanto la gestione immediata di determinate attività, conservando pur sempre una "responsabilità d secondo grado", costituita da un potere-dovere di fornire direttive generiche e specifiche, nonché di vigilanza e verifica dell'attività autonoma o delegata dei medici subordinati, con residuale facoltà di avocazione alla propria gestione, in tal modo nuovamente diretta, di singoli pazienti».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

delega di funzioni, il medico apicale “delegante” non si libera completamente della propria originaria posizione di garanzia, conservando una posizione di vigilanza, indirizzo e controllo sull’operato dei delegati. Obbligo di garanzia che si traduce, in definitiva, nella verifica del corretto espletamento delle funzioni delegate e nella facoltà di esercitare il residuale potere di avocazione alla propria diretta responsabilità di uno specifico caso clinico.

Secondo questa ricostruzione, quindi, i poteri organizzativi di divisione del lavoro spettanti al medico in posizione apicale sarebbero pienamente riconducibili al meccanismo della delega di funzioni. Tale istituto – inquadrabile più in generale fra le ipotesi di trasferimento di singole funzioni impeditive – determina una situazione di cumulo di più posizioni di garanzia rispetto ad uno stesso bene giuridico da controllare o proteggere²²³. Con la delega di funzioni, si ha un trasferimento non definitivo né liberatorio di obblighi-poteri impeditivi di cui è titolare il delegante, con la conseguente creazione di una nuova posizione di garanzia in capo al delegato. Tale istituto ha mera rilevanza soggettiva: il garante originario, in forza della delega, non si spoglia con effetto liberatorio dei propri obblighi traferendoli al delegato: a carico del delegante permane un obbligo di vigilanza e controllo sul delegato, perché adempia correttamente ai compiti trasferitigli. In altre parole la posizione di garanzia del delegante non viene meno ma, semplicemente, muta contenuto, sostanziandosi in un dovere di vigilanza e controllo sull’attività del delegato²²⁴.

Cfr. altresì D. GUIDI, *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 219: «Del resto, è proprio sulla base del meccanismo della delega che si attualizza il quadro di doveri e di correlativi poteri assegnati dal legislatore al medico in posizione apicale [...]».

²²³ A. GARGANI, Ubi culpa, ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 581 e ss., in particolare, pp. 591 e ss.

²²⁴ D. GUIDI, *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 221; A. GARGANI, Ubi culpa, ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, op. cit., p. 591 e ss., il quale precisa che «Nel caso del trasferimento di funzioni, si produce un effetto cumulativo di posizioni di garanzia: in presenza di determinati requisiti, la liberazione del trasferente/delegante può tutt’al più riguardare alcuni obblighi di agire, ma mai lo scioglimento dal vincolo della posizione di garanzia; il delegante mantiene la titolarità della posizione di garante, tant’è vero che è tenuto a vigilare sull’attività del delegato. La tipologia del mero trasferimento di obblighi di garanzia si caratterizza, quindi, in positivo per l’incremento della sfera dei garanti e, in negativo, per l’esclusione della liberazione dell’obligato originario – artefice del trasferimento – dalla propria posizione di garante».

Il permanere del dovere di vigilanza e controllo in capo al delegante ha ora un fondamento normativo, con riferimento al settore della sicurezza sul luogo di lavoro. L’art. 16, comma 3, D. Lgs. n. 81/2008 stabilisce che «la delega di funzioni non esclude l’obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite».

III. 1. 1. 2. [Criteri di distribuzione del lavoro ai medici subordinati] Tanto chiarito, rimane da analizzare come in concreto possano operare i criteri di riparto del lavoro fra i medici del reparto, richiamati genericamente dall'art. 63, D.P.R. n. 761/1979: «*criteri oggettivi di competenza, di equa distribuzione del lavoro, di rotazione nei vari settori di pertinenza*».

III. 1. 1. 2. 1. [Competenza] Con riferimento al criterio della competenza, si registra in dottrina una eterogeneità di vedute. L'opinione più risalente²²⁵ ha posto l'accento sul fatto che il medico in posizione apicale, nel dividere il lavoro – quantitativamente ma anche qualitativamente – fra i vari medici incardinati nel reparto non possa basarsi unicamente sulle qualifiche professionali da ciascuno possedute. La titolarità delle stesse non basta a garantire, secondo questa prospettiva, che le mansioni assegnate saranno poi correttamente svolte. Se il medico in posizione apicale non vuole incorrere in corresponsabilità per l'evento infausto provocato dalla condotta del medico in posizione funzionale subordinata, dovrà «accertarsi di persona delle effettive capacità di ogni collaboratore»²²⁶.

Particolarmente interessante, sul punto, la giurisprudenza consolidatasi in tema di responsabilità penale del medico specializzando²²⁷. L'aspetto che ci interessa in questa sede evidenziare riguarda il c.d. “*tutor*”, ovvero il medico incardinato nella struttura sanitaria cui il medico specializzando viene assegnato per la propria formazione professionale specialistica. Alla luce dei dati normativi rilevanti in materia²²⁸, la giurisprudenza ormai costante ha assunto una considerevole rigidità,

²²⁵ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, op. cit., p. 228, i quali, con riferimento alla figura del capo-*équipe* ritengono che «Non vi sono dubbi [...] sul preciso dovere del responsabile di qualsiasi *équipe* (nella specie del primario) di far precedere un'opera di personale controllo e critica delle capacità tecniche di tutto il personale da lui dipendente, prima di affidare a chiunque mansioni implicanti una qualsiasi autonomia decisionale. Perciò sembra di poter dedurre che una responsabilità penale del capo *équipe*, quantomeno in concorso con quella di colui che ha direttamente cagionato l'evento dannoso, debba essere ravvisata ogni qualvolta quegli sia venuto meno a quell'attività di selezione del proprio personale in funzione delle capacità dei singoli, di vigilanza critica e di correzione sul lavoro da quest'ultimo svolto».

²²⁶ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 17.

²²⁷ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 232 e ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., pp. 142 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., p. 610 e ss.; L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 842 e ss.; A. CIAURI, *In tema di responsabilità professionale del medico specializzando che operi sotto le direttive del docente*, in *Nuovo diritto*, 2000, pp. 273 e ss.

²²⁸ D. Lgs. n. 368/1999, in particolare gli artt. 20, 37 e 38.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

sancendo da un lato la assunzione della posizione di garanzia in capo al medico specializzando che svolga in concreto attività diagnostico-terapeutica sul paziente, con conseguente obbligo, penalmente sanzionato, di rispettare tutte le *leges artis* che disciplinano la specifica attività svolta; d'altro canto, imponendo al *tutor* un ruolo di costante controllo sull'operato dello specializzando, potendo affidare alla sua opera solo casi clinici che sia in grado, anche in considerazione del percorso formativo fino a quel momento compiuti, di disimpegnare correttamente²²⁹.

Recentemente, in senso contrario si è evidenziato²³⁰ come tale criterio debba essere inteso non in senso soggettivo – verifica concreta dell'effettiva capacità dei singoli medici con cui si coopera – ma in senso oggettivo. L'assegnazione della guida di strutture semplici o della cura di singoli pazienti deve avvenire sulla base del profilo professionale formalmente acquisito nell'ambito dell'organigramma aziendale. La tesi che svaluta la qualifica formale in favore di soggettive valutazioni

²²⁹ Cfr., *ex plurimis*, Cass. Pen., Sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 6215, Pappadà e altri, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, p. 526, con nota di A. SIMBARI, *Responsabilità professionale medica*, e in C.E.D. Cass., n. 246419: «In tema di colpa professionale, il medico specializzando è titolare di una posizione di garanzia in relazione alle attività personalmente compiute nell'osservanza delle direttive e sotto il controllo del medico tutore, che deve verificarne i risultati, fermo restando che la sua responsabilità dovrà in concreto essere valutata in rapporto anche allo stadio nel quale al momento del fatto si trovava l'iter formativo. (La Corte ha precisato che il medico specializzando deve rifiutare i compiti che non ritiene in grado di compiere, poiché in caso contrario se ne assume la responsabilità a titolo di cosiddetta colpa per assunzione)». In termini, Cass. Pen., Sez. IV, 10 luglio 2008, n. 32424, Sforzini e altro, in C.E.D. Cass., n. 241963: «In tema di colpa professionale, il medico specializzando è titolare di una posizione di garanzia in relazione alle attività personalmente compiute nell'osservanza delle direttive e sotto il controllo del medico tutore, che deve verificarne i risultati. (La Corte ha precisato che il medico specializzando deve rifiutare i compiti che non ritiene in grado di compiere, poiché in caso contrario se ne assume la responsabilità a titolo di cosiddetta colpa per assunzione)»; Cass. Pen., Sez. IV, 2 aprile 2007, n. 21594, Scipioni, in C.E.D. Cass., n. 236726: «In tema di colpa professionale, risponde del reato commesso dal medico specializzando, materiale esecutore dell'intervento chirurgico, anche il primario, cui lo specializzando è affidato, il quale, allontanandosi durante l'operazione, viene meno all'obbligo di diretta partecipazione agli atti medici posti in essere dal sanitario affidatogli»; Cass. Pen., Sez. IV, 20 gennaio 2004, n. 32901, Marandola e altro, in C.E.D. Cass., n. 229069: «In tema di colpa professionale del medico, il concreto e personale espletamento di attività da parte dello specializzando comporta pur sempre l'assunzione diretta, da parte sua, della posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con quella che fa capo a chi le direttive impartisce, secondo i rispettivi ambiti di pertinenza e di incidenza; anche sullo specializzando incombe pertanto l'obbligo di osservanza delle "leges artis" che hanno come fine la prevenzione del rischio non consentito. (Nella specie la Corte ha ritenuto che lo specializzando non fosse esente da responsabilità non avendo egli valutato l'errore nella direttiva impartitagli dal primario - con lui in sala operatoria)»; Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 1999, n. 13389, Tretti, in C.E.D. Cass., n. 215538: «In tema di colpa professionale del medico, il concreto e personale espletamento di attività operatoria da parte dello specializzando comporta pur sempre l'assunzione diretta anche da parte sua della posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con quella che fa capo a chi le direttive impartisce (secondo i rispettivi ambiti di pertinenza ed incidenza), sicché anche su di lui incombe l'obbligo della osservanza delle "leges artis", che hanno per fine la prevenzione del rischio non consentito ovvero dell'aumento del rischio, con la conseguenza che non lo esime da responsabilità la passiva acquiescenza alla direttiva data ove non si appalesi appropriata, avendo egli al contrario l'obbligo di astenersi dal direttamente operare».

²³⁰ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 223 e ss.; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, *op. cit.*, p. 197, il quale evidenzia come «Per ciò che attiene alla *culpa in eligendo*, [...] ai fini penali, sembra di poter dire che dovrà essere scelto un soggetto idoneo, tenuto conto sia dello specifico profilo professionale del delegato, che delle difficoltà tecniche del caso concreto».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

empiriche “caso per caso” se da un lato ribadisce il compito del medico in posizione apicale di valutare che in concreto i propri collaboratori non commettano errori ed attuino fedelmente le direttive o istruzioni ricevute, d’altro canto apre la strada a possibili addebiti di responsabilità “di posizione”: in caso di evento infausto potrebbe sempre individuarsi “a monte” una *culpa in eligendo* del «primario» per non aver correttamente distribuito il lavoro a personale all’altezza.

Inoltre, le modalità con cui i medici accedono alla struttura ospedaliera pubblica sono concorsuali e presuppongono una valutazione circa l’idoneità tecnico-professionale del candidato. Il medico in posizione apicale pertanto non “sceglie” – nel senso autentico del termine – i propri collaboratori ma deve avvalersi degli strutturati che ha in organico e che entrano a far parte della struttura per concorso pubblico²³¹.

Stando così le cose, deve ritenersi che il medico in posizione apicale possa fare affidamento sulla capacità dei propri collaboratori di disimpegnare i compiti che vengono loro affidati in sede di distribuzione del lavoro quando le mansioni siano affidate a medici dotati delle formali qualifiche che attestano la conseguita capacità tecnico-professionale per espletarli al meglio e non sussistano in concreto indici che possano infirmare tale legittimo affidamento. Di conseguenza, in caso di esito infausto – e salva l’ipotizzabilità di una *culpa in vigilando*, come vedremo a breve – il medico in posizione apicale dovrebbe andare esente da responsabilità, per aver correttamente organizzato e distribuito il lavoro all’interno della struttura complessa di sua competenza e potendo quindi invocare, in funzione limitativa dei propri

²³¹ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d’équipe*, op. cit., p. 258 e ss., il quale sottolinea le notevoli limitazioni che incontra, in ambito medico, la configurabilità della *culpa in eligendo*: «[...] la scelta del personale medico afferente al reparto non è, negli ospedali pubblici, di competenza del primario, ma obbedisce a chiamate dirette da parte del direttore dell’«azienda» e a regole concorsuali, la cui efficacia selettiva, di per sé, può essere spesso insoddisfacente. A ciò si aggiunga il fatto che per il primario non è certo facile evitare di assegnare compiti (a meno che non siano particolarmente impegnativi e rischiosi) al collaboratore non ritenuto all’altezza, poiché un «accantonamento» di quest’ultimo si porrebbe in contrasto con l’astratto riconoscimento (sotteso alla qualifica) delle sue capacità, e con l’esigenza di non provocare pericolose interruzioni nella fornitura delle prestazioni sanitarie. E dunque, nel caso in cui all’inadeguatezza tecnico-professionale del collaboratore non sia possibile rimediare con una specifica azione di addestramento, al capo-*équipe* non resterà altro che avviare le opportune iniziative di tipo amministrativo, sollevando la questione presso le competenti autorità».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

doveri cautelari e, quindi, della propria responsabilità colposa, il principio di affidamento²³².

III. 1. 1. 2. 2. [Equa distribuzione del lavoro e rotazione] Con riferimento ai criteri dell'equa distribuzione del lavoro e della rotazione, la legge impone al medico in posizione apicale di organizzare le modalità di erogazione del servizio sanitario presso la propria divisione «tenendo conto del carico di lavoro di ciascun operatore e della disponibilità di risorse umane in rapporto alle necessità del reparto ospedaliero»²³³. A carico del medico in posizione apicale può dunque profilarsi uno specifico addebito colposo nel caso in cui l'evento infausto si verifichi per un difetto organizzativo riconducibile alle menzionate ipotesi²³⁴.

III. 1. 2. [Il potere di direttiva del medico in posizione apicale e la *culpa in vigilando*] Oltre all'obbligo di corretta suddivisione del lavoro, grava sul medico in posizione apicale anche l'obbligo di impartire direttive ed istruzioni al personale afferente alla propria divisione e di verificare che in concreto siano attuate, il tutto nel rispetto dell'autonomia professionale dei medici con cui collabora²³⁵.

²³² In senso conforme, F. GIUNTA, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, op. cit., p. 107: «[...] se il soggetto cui viene affidato lo svolgimento dell'attività pericolosa è a ciò abilitato dalla legge, non può pretendersi in capo al delegante un accertamento delle capacità del delegato, che si spinga oltre la verifica dei requisiti formali che ne attestano l'abilitazione. Qui opera [...] il principio dell'affidamento, come espressione dell'aspettativa dell'altrui diligenza».

²³³ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 224

²³⁴ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 9739, Dilonardo ed altri, in C.E.D. Cass., n. 230820: «In tema di responsabilità professionale del medico, il capo dell'équipe operatoria è titolare di un'ampia posizione di garanzia nei confronti del paziente che si estende alla fase dell'assistenza post-operatoria, che il chirurgo ha il dovere di controllare e seguire direttamente, anche attraverso interposta persona. (Nella fattispecie – decesso della vittima nella fase successiva all'intervento chirurgico – il medico è stato ritenuto, insieme agli altri operatori sanitari imputati, responsabile del decesso proprio in quanto, nella sua qualità, avrebbe dovuto assicurarsi che la vittima fosse adeguatamente assistita dopo l'operazione da personale idoneo e presente in numero adeguato, cui egli avrebbe dovuto anche fornire tutte le indicazioni terapeutiche necessarie: a maggior ragione per il fatto che il chirurgo stesso aveva imprudentemente deciso di praticare un intervento altamente specialistico nell'ultimo turno pomeridiano così preconstituendo le condizioni di quella prevedibile carenza di assistenza notturna successiva che avrebbe determinato la morte del paziente)».

²³⁵ A tal fine, riportiamo il contenuto dei commi 6 e 7 dell'art. 63, D.P.R. n. 761/1979: «[...] cura la preparazione dei piani di lavoro e la loro attuazione ed esercita funzioni di indirizzo e di verifica sulle prestazioni di diagnosi e cura, nel rispetto della autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli, impartendo all'uopo istruzioni e direttive ed esercitando la verifica inerente all'attuazione di esse.

In particolare, per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali».

In dottrina, cfr. C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, op. cit., p. 134; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 17 e ss.; A. R.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Proprio in questo genere di ipotesi si innesta il limite all'operatività del principio di affidamento. Chi abbia istituzionalmente un obbligo di controllo dell'altrui operato non potrebbe confidare nella sua correttezza, assurgendo questa proprio ad oggetto della propria vigilanza²³⁶. Inteso in questi termini, il dovere di controllo segna un limite apparentemente invalicabile all'applicazione del principio di affidamento. Questo principio esclude di regola la configurabilità di obblighi di diligenza aventi ad oggetto la condotta altrui; e non dovrebbe, logicamente, nei casi in cui i doveri cautelari incombenti sul soggetto considerato contemplino proprio la vigilanza sulla correttezza del comportamento di coloro con cui si trovi a cooperare.

Il problema che si pone in questi casi consiste nel comprendere se la presenza di obblighi di controllo sull'operato altrui escluda completamente la possibilità di fare affidamento sulla altrui diligenza, con conseguente configurabilità di una cooperazione colposa in caso di evento infausto derivante dall'altrui condotta inosservante non percepita né emendata. In tal caso, appare evidente il rischio di contrasto col principio di responsabilità penale personale, *ex art. 27, comma 1 Cost.*: ipotizzare un obbligo di controllo tanto pervasivo da non consentire alcun margine di affidamento sulla bontà dell'operato altrui significa esporre a responsabilità penale il medico in posizione apicale per ogni evento lesivo possa occorrere nel reparto affidato alla sua direzione. Ciò, a prescindere da fattori quali le dimensioni della struttura, il numero di pazienti ricoverati, l'assegnazione degli stessi a medici di livello funzionale inferiore ma comunque dotati per legge di un'autonomia professionale il cui rispetto è imposto alla stessa figura apicale.

S'impone quindi la ricerca di soluzioni interpretative che, pur facendo salvo l'obbligo di controllo in analisi, individuino spazi di rilevanza per il principio di

DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, pp. 246 e ss.;

In giurisprudenza, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 2 maggio 1989, n. 7162, Argelli, in C.E.D. Cass., n. 181340; Cass. Pen., Sez. IV, 17 novembre 1995, n. 1095, Ferraro, in C.E.D. Cass., n. 205212.

²³⁶ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, p. 220; M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, *op. cit.*, pp. 1195 e ss.; A. MASSARO, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 3861; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, pp. 252 e ss.;

affidamento, in maniera tale da ricondurre la responsabilità del c.d. «primario» entro i limiti tracciati dalla Carta costituzionale²³⁷.

III. 1. 2. 1. [Omissione di direttive o istruzioni al personale] I casi astrattamente prospettabili sono riconducibili a due fondamentali categorie. Possiamo citare anzitutto il caso in cui il medico in posizione apicale non impartisca affatto direttive o istruzioni al personale medico alle sue dipendenze, oppure queste siano erranee rispetto al caso concreto. È la ipotesi più semplice, effettivamente. In tal caso, il medico in posizione apicale, avendo disatteso obblighi di diligenza facenti parte della propria posizione di garanzia, risponde dell'evento infausto. Si pone, in questo caso, il problema della corresponsabilità del medico in posizione funzionale inferiore che abbia portato ad esecuzione la direttiva o istruzione erronea, in adesione fedele alla scelta diagnostico-terapeutica in essa condensata e promanante dal medico in posizione apicale. Il problema, relativo al grado di vincolatività delle direttive o istruzioni impartite dal medico in posizione apicale in rapporto alla garanzia, ribadita dal D. Lgs. n. 502/'92, dell'autonomia professionale di ogni dirigente sanitario, sarà affrontato successivamente, attenendo alla responsabilità del medico in posizione funzionale inferiore per fatto del superiore gerarchico²³⁸.

III. 1. 2. 2. [Responsabilità del “vertice” per inesecuzione o inesatta attuazione delle direttive o istruzioni impartite] Altra ipotesi – ben più problematica e sulla quale dovremo concentrare la nostra attenzione, investendo effettivamente il rapporto fra addebito di *culpa in vigilando* e principio di affidamento – è quella in cui il medico in posizione apicale abbia correttamente svolto il proprio compito di

²³⁷ A. MASSARO, *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull’operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, p. 3865: «La dinamica regola-eccezioni dalla quale deriverebbe l’effettiva portata del principio di affidamento sembrerebbe subire [...] evidenti torsioni qualora si discuta della responsabilità di un soggetto che occupa una posizione apicale. In questi casi il rischio è che le eccezioni al principio di affidamento risultino talmente ampie da rendere il riferimento allo stesso nulla più che una mera “clausola di stile”. Il rapporto affidamento-obbligo di vigilanza, in effetti, si mostra per certi aspetti invertito: il “superiore” ha di regola l’obbligo di controllare l’operato degli altri membri dell’*équipe* o della struttura sanitaria, o meglio, di porsi nella condizione di intervenire tempestivamente per porre rimedio ad eventuali comportamenti negligenti. Solo in casi eccezionali il “vertice” potrebbe andare esente da responsabilità per reati commessi dai suoi sottoposti».

²³⁸ D. GUIDI, *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 225.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

divisione del lavoro, direttiva e coordinamento dell'operato dei medici del suo reparto ma questi non abbiano operato secondo quanto disposto, e ciò in assenza di condizioni di urgenza o di mutamenti del quadro clinico o altre ipotesi assimilabili che avrebbero invece consigliato di agire diversamente.

Anzitutto, è bene chiarire quale sia la natura delle direttive e istruzioni impartite dal primario. La dottrina maggioritaria ritiene che debbano considerarsi delle vere e proprie regole cautelari «attinenti allo svolgimento di un'attività caratterizzata da un coefficiente di rischio consentito»²³⁹. Si tratterebbe, secondo questa linea interpretativa, di regole cautelari positivizzate, rientranti nel *genus* normativo delle «discipline»²⁴⁰, di cui all'art. 43 c.p.

Relativamente all'obbligo di vigilanza del medico in posizione apicale, l'analisi della normativa applicabile – essenzialmente, i già più volte richiamati artt. 63, D.P.R. n. 761/1979 e 15, D. Lgs. n. 502/1992 – appare indispensabile per addivenire ad un assetto dei rapporti fra medici di diversa posizione funzionale che sia tale da contemperare il principio di personalità della responsabilità penale con i principi della divisione del lavoro e dell'affidamento.

Fondamentale è, anzitutto, richiamare il comma 3 dell'art. 15, D. Lgs. n. 502/1992, in particolare i primi due periodi²⁴¹. Dalla loro lettura si apprezza il mutamento radicale che si è avuto nella disciplina della gerarchia medica, specie rispetto al D.P.R. n. 128/1969. Attualmente, i medici incardinati nella struttura ospedaliera pubblica sono qualificati come «*dirigenti sanitari*» e tutti godono, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, di «*autonomia tecnico-professionale*». Con ciò si evidenzia come, relativamente alle mansioni e funzioni attribuite loro in sede di divisione del lavoro, effettuata dal medico in posizione apicale anche sulla base delle scelte amministrative effettuate dall'Azienda, ciascun medico abbia una propria

²³⁹ A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, op. cit., p. 1632.

²⁴⁰ Cfr. F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teoria*, op. cit., p. 87 e ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., p. 312; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 352 e ss.

²⁴¹ «L'attività dei dirigenti sanitari è caratterizzata, nello svolgimento delle proprie mansioni e funzioni, dall'autonomia tecnico-professionale i cui ambiti di esercizio, attraverso obiettivi momenti di valutazione e verifica, sono progressivamente ampliati. L'autonomia tecnico-professionale, con le connesse responsabilità, si esercita nel rispetto della collaborazione multiprofessionale, nell'ambito di indirizzi operativi e programmi di attività promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale ed aziendale, finalizzati all'efficace utilizzo delle risorse e all'erogazione di prestazioni appropriate e di qualità».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

autonomia operativa, su cui – tendenzialmente – il sindacato e controllo altrui non dovrebbe sussistere.

III. 1. 2. 2. 1. [Profili professionali medici ed ampiezza crescente dell'obbligo di controllo del medico in posizione apicale] A limitare, però, tale ambito di autonomia operativa interviene lo stesso legislatore, laddove precisa che questi margini di autonomia operativa tecnico-professionale hanno un'ampiezza crescente ed inoltre che l'ampliarsi di questa sfera di azione autonoma passa attraverso specifiche fasi di valutazione e verifica.

Da tutto ciò discende che l'ampiezza del dovere di controllo sull'operato altrui che grava sul medico in posizione apicale dipende anzitutto dalla posizione funzionale ricoperta dal medico su cui deve essere esercitato il predetto controllo: più ampia è l'autonomia professionale riconosciuta in concreto all'operatore, minore sarà l'obbligo di controllo gravante sul medico in posizione funzionale superiore.

Come abbiamo avuto modo di verificare in precedenza, la legge attualmente vigente distingue all'interno di un unico ruolo le tre figure professionali in precedenza denominate come assistente e aiuto sulla base di una crescente autonomia tecnico-professionale: a) il dirigente sanitario all'atto della prima assunzione²⁴², il quale, relativamente allo svolgimento dei propri compiti prettamente assistenziali, ha ambiti di autonomia definiti dagli indirizzi forniti dal dirigente della struttura (semplice o complessa) in cui esercita la propria attività; b) il dirigente sanitario con almeno cinque anni di anzianità di servizio con valutazione positiva²⁴³, il quale può essere affidatario dello svolgimento di funzioni di alta specializzazione o della direzione di strutture semplici.

²⁴² Art. 15, comma 4, primo periodo, D. Lgs. n. 502/1992: «All'atto della prima assunzione, al dirigente sanitario sono affidati compiti professionali con precisi ambiti di autonomia da esercitare nel rispetto degli indirizzi del dirigente responsabile della struttura e sono attribuite funzioni di collaborazione e corresponsabilità nella gestione delle attività. A tali fini il dirigente responsabile della struttura predispone e assegna al dirigente un programma di attività finalizzato al raggiungimento degli obiettivi prefissati ed al perfezionamento delle competenze tecnico professionali e gestionali riferite alla struttura di appartenenza».

²⁴³ Art. 15, comma 4, secondo periodo, D. Lgs. n. 502/1992: «In relazione alla natura e alle caratteristiche dei programmi da realizzare, alle attitudini e capacità professionali del singolo dirigente, accertate con le procedure valutative di verifica di cui al comma 5, al dirigente, con cinque anni di attività con valutazione positiva sono attribuite funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e di controllo, nonché possono essere attribuiti incarichi di direzione di strutture semplici».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Sotto questo aspetto, il quadro normativo derivante dalle riforme del 1992 e del 1999 appare peraltro consonante rispetto a quanto stabilito dall'art. 63, D.P.R. n. 761/1979.

Relativamente al medico in posizione iniziale²⁴⁴ si precisa, infatti, che «*Ha la responsabilità per le attività professionali a lui direttamente affidate e per le istruzioni e direttive impartite nonché per i risultati conseguiti*» ed inoltre che «*La sua attività è soggetta a controllo e gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute*». Anche questa norma – che, ricordiamo, è attualmente vigente e dunque concorre con le disposizioni del D. Lgs. n. 502/1992 a delineare lo stato giuridico dei medici incardinati nel Servizio Sanitario Nazionale – pone l'accento sulla coesistenza fra obbligo di controllo del medico in posizione apicale, con riferimento alla conformità alle direttive ricevute dell'attività professionale svolta dal medico in posizione iniziale, e l'autonomia professionale di quest'ultimo. Vedremo più avanti come, peraltro, debba essere intesa l'espressione – potenzialmente contraddittoria – della «*autonomia vincolata alle direttive ricevute*»²⁴⁵.

Anche per quanto concerne il medico in posizione intermedia la disposizione citata²⁴⁶ valorizza l'autonomia professionale, descritta in termini più ampi, ovviamente, rispetto al medico in posizione iniziale, avendo ad oggetto la «*area di servizi a lui affidata*» e non, più limitatamente, «*attività professionali*» di volta in volta delegate dal medico in posizione apicale a quello in posizione iniziale, come abbiamo già visto.

Dunque, resta da vedere come possa in concreto conciliarsi questa affermata ed indiscutibile autonomia professionale, riconosciuta legislativamente in capo a tutte le figure professionali mediche, col potere di direttiva e di controllo incombente sul medico in posizione apicale.

²⁴⁴ Art. 63, comma 3, D.P.R. n. 761/1979: «*Il medico appartenente alla posizione iniziale svolge funzioni medico-chirurgiche di supporto e funzioni di studio, di didattica e di ricerca, nonché attività finalizzate alla sua formazione, all'interno dell'area dei servizi alla quale è assegnato, secondo le direttive dei medici appartenenti alle posizioni funzionali superiori. Ha la responsabilità per le attività professionali a lui direttamente affidate e per le istruzioni e direttive impartite nonché per i risultati conseguiti. La sua attività è soggetta a controllo e gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute*».

²⁴⁵ V. FINESCHI-P. FRATI-C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica*, op. cit., pp. 261 e ss.

²⁴⁶ Art. 63, comma 4, D.P.R. n. 761/1979: «*Il medico appartenente alla posizione intermedia svolge funzioni autonome nell'area dei servizi a lui affidata, relativamente ad attività e prestazioni medico-chirurgiche, nonché ad attività di studio, di didattica, di ricerca e di partecipazione dipartimentale, anche sotto il profilo della diagnosi e cura, nel rispetto delle necessità del lavoro di gruppo e sulla base delle direttive ricevute dal medico appartenente alla posizione apicale*».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Ebbene, pare di poter ritenere che un'interpretazione del quadro normativo rispettosa del principio di personalità della responsabilità penale sia quella che permette di individuare spazi applicativi al principio di affidamento anche nell'ambito dei rapporti professionali organizzati gerarchicamente.

Dal dato normativo emerge che in capo al medico deve riconoscersi una sfera di autonomia professionale che accresce il proprio perimetro col progredire delle esperienze lavorative proficuamente conclusesi: maggiore è l'esperienza del singolo medico, maggiormente fondata è l'aspettativa che è obiettivamente possibile riporre sulla correttezza professionale del suo operato. Quindi il controllo del medico in posizione apicale sarà sicuramente più penetrante ed "invasivo" nei confronti del medico in posizione iniziale. Egli, all'atto della prima assunzione, deve ancora formare appieno il proprio bagaglio tecnico-professionale. Nei suoi confronti, il medico in posizione apicale assume una funzione di guida: nell'affidargli singoli casi clinici, impartisce, per il loro trattamento, non solo direttive ma anche puntuali e precise istruzioni che maggiormente vincolano la sfera di libertà operativa del destinatario.

Appare chiara, a questo punto, l'opzione legislativa in favore di un dovere di controllo del medico in posizione apicale: ha ad oggetto l'attività professionale di un medico, pur specialista, all'inizio del proprio percorso di crescita professionale, dunque non ancora tale da garantire il corretto assolvimento dei compiti affidatigli. L'obbligo di controllo del medico ancora inesperto si traduce, quindi, in una modalità alternativa di espletamento della corona di obblighi cautelari che compongono la posizione di garanzia che il medico in posizione apicale ha nei confronti del paziente: il controllo permette di garantire che le cure apportate al paziente dal medico in posizione iniziale siano corrette.

Nei confronti del medico in posizione funzionale intermedia, invece, l'obbligo di controllo del medico in posizione apicale può essere meno penetrante. Lo si desume, in negativo, dalla maggiore ampiezza dell'autonomia operativa del c.d. «aiuto», che si traduce, nel dato normativo, nel fatto che egli possa essere destinatario unicamente di direttive e non di puntuali e vincolanti «istruzioni», e nel fatto che egli possa essere affidatario di funzioni richiedenti un'alta specializzazione

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

o anche della direzione di strutture organizzative semplici. Come osservato, ad una maggiore autonomia operativa corrisponde un più tenue obbligo di controllo del medico in posizione apicale in quanto maggiore è l'affidamento che è possibile riporre nella correttezza del suo operato. L'uso dello strumento della direttiva è, come detto, particolarmente significativo: il medico in posizione apicale pone fundamentalmente dei limiti teleologici all'operato del medico in posizione intermedia, dei risultati, non solo terapeutici ma anche gestionali, che egli deve rispettare; dopodiché le modalità diagnostico-terapeutiche con cui i risultati devono essere perseguiti sono lasciati alla autonomia operativa del medico in posizione intermedia. Il suo bagaglio professionale è già sufficientemente forgiato dall'esperienza, per cui non si richiede che il medico gerarchicamente sovraordinato eserciti nei suoi confronti un penetrante quanto inesigibile controllo, potendo invocare il principio dell'affidamento con riferimento ai settori operativi o alla struttura semplice affidata²⁴⁷.

²⁴⁷ In senso fundamentalmente conforme, cfr. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, op. cit., p. 199, il quale, evidenziata la posizione funzionale del c.d. assistente – «autonomia vincolata alle direttive ricevute» e il fatto che la sua attività è «soggetta a controllo» – e del c.d. aiuto – il quale gode di più ampi margini di autonomia ed è destinatario unicamente di direttive – ritiene che «i profili di una eventuale culpa in vigilando in capo al medico in posizione apicale dovranno essere accertati in concreto, con specifico riguardo al diverso contenuto dell'obbligo di controllo, a seconda del profilo professionale del sanitario delegato. In particolare, la necessità di un controllo sembra rappresentare la regola con riferimento al medico in posizione iniziale, anche a prescindere da specifici “segnali” che consigliano di attivarsi in tal senso; in linea di massima, invece, il primario non è tenuto ad un assiduo controllo circa l'operato dei propri “aiuti” (salva la verifica che le direttive impartite siano state attuate)». Cfr. altresì, le condivisibili considerazioni di A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., p. 615: «[...] tale dovere [di controllo sull'operato altrui da parte del medico in posizione apicale] appare oggi in parte ridimensionato dalle modifiche da ultimo apportate alla normativa in materia di organizzazione dei servizi ospedalieri dal D. Lgs. n. 229 del 1999. Questo provvedimento normativo, tendente a contemperare l'organizzazione rigidamente gerarchica con una maggiore responsabilizzazione dei soggetti che a vario titolo partecipano all'attività sanitaria ha, almeno in parte, limitato l'obbligo di controllo del medico in posizione sovraordinata. Se, infatti, non pare possibile sostenere che le nuove norme possano autorizzare l'assunto secondo cui condotte inadeguate e lesive, poste in essere all'interno della struttura, siano, allo stato, diventate riferibili alla esclusiva responsabilità di chi materialmente le abbia realizzate, nondimeno, deve osservarsi che la vigente descrizione delle competenze attribuite alla figura apicale non sembra, però espressamente (continuare a) contemplare anche poteri-doveri di generalizzata e continuativa sorveglianza sulle scelte diagnostico-terapeutiche operate dagli altri sanitari. Da questa diversa formulazione della norma, i primi commentatori hanno ritenuto di poter desumere che, attualmente, l'obbligo di attivarsi, da parte del soggetto apicale, insorgerebbe nel momento in cui il medesimo venga comunque a conoscenza (se non in forza di un controllo diurnamente dovuto e svolto) per segnalazione di terzi o, ad esempio, anche per occasionale, diretta, percezione, di atteggiamenti terapeutici dei sanitari collaboratori che, discostandosi dalle regole della corretta prassi medica, pongano a rischio il comune obiettivo finale della attuazione della migliore prestazione sanitaria a beneficio del paziente».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. 1. 2. 2. 2. [Obbligo di controllo del medico in posizione apicale e tipologia di errore medico] Altro fattore che influenza la profondità e la doverosità dell'obbligo di controllo del medico in posizione apicale è la tipologia di errore che può affliggere l'operato del medico subordinato in relazione alla tipologia di attività che viene effettuata. Recentemente in dottrina si è proposta una distinzione fra errori di esecuzione ed errori valutativi-decisionali²⁴⁸. Inoltre, con riferimento alla tipologia di attività esercitata, pare opportuno distinguere fra attività di *routine* e attività che richiedono abilità manuali o competenze scientifiche di una certa raffinatezza.

Nel caso delle attività di *routine* si tratta di attività la cui frequenza statistica nella pratica quotidiana della professione medica implica l'acquisizione da parte degli esercenti sanitari di un certo livello di automatismo diagnostico-terapeutico, pur facendo salve le ineliminabili peculiarità del caso concreto. In ipotesi di questo genere, la tipologia di errore in cui può incorrere il medico che svolge in concreto attività curativa si risolve, fundamentalmente, in disattenzioni che sfociano in difetti esecutivi riconducibili alla categoria colposa della negligenza²⁴⁹. Non hanno apprezzabile rilevanza, invece, gli errori valutativi-decisionali: dato che si tratta di attività "routinarie", il protocollo operativo da adottare in concreto attinge ad una consolidata prassi e dunque il medico non ha – oppure, ha in modo solo marginale – ambiti decisionali apprezzabili.

Nel caso di attività in cui, invece, si richiede un'abilità elevata non solo sul piano esecutivo ma già a monte sul piano decisionale – con riferimento alla fase diagnostica e a quella successiva prettamente terapeutica – qui la tipologia di errore che può venire in rilievo – oltre alla errata esecuzione, che può sempre incombere negativamente sull'operato del medico – è di tipo decisionale. Il medico, in questi

²⁴⁸ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 243, il quale introduce, nel giudizio di valutazione della colpa penale medica, la distinzione – «[...] che ha già dato importanti risultati in campi nei quali l'analisi (oltre che la prevenzione) dei rischi c.d. tecnologici e degli incidenti è giunta ad un livello sicuramente più avanzato che in medicina [...]» – fra «gli "slips" (ed i "lapses")», che in italiano potremmo definire "sviste" o "distrazioni"; ed i "mistakes", cioè gli errori di giudizio, inferenza, valutazione».

²⁴⁹ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 243; in senso adesivo, D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 227.

casi, pur approfondendo la massima attenzione e la massima concentrazione nell'erogazione della propria prestazione professionale, può tuttavia cagionare colposamente un evento infausto per la salute del paziente a causa di una valutazione errata sull'approccio da tenere in concreto.

Le introdotte distinzioni, relative alle tipologie di attività medico-chirurgica in base all'entità del loro rischio intrinseco e alle tipologie di errori medici che possono in concreto venire in rilievo, hanno delle conseguenze con riferimento all'entità del controllo che il medico in posizione apicale deve esercitare, e quindi modulano diversamente l'eventuale sua *culpa in vigilando*.

Nel caso di attività di *routine*, infatti, proprio la natura stessa di tali attività – prevalentemente esecutive e non decisionali, come detto – può spingere il medico in posizione apicale a fare affidamento sul loro corretto disimpegno da parte dei medici affidatari. Di conseguenza, di regola, non dovrebbe rientrare fra i suoi doveri cautelari quello di esercitare un continuo e penetrante controllo sull'attività “routinaria” di soggetti qualificati, potendosi pretendere che ciascuno dei soggetti con cui si collabora svolga la propria attività professionale senza disattenzioni, distrazioni e senza commettere errori, che in questa sede sono di carattere meramente manuale.

L'area degli errori esecutivi in attività di *routine* può considerarsi terreno applicativo del principio di affidamento anche nei rapporti gerarchici. In tal caso, il limite al principio di affidamento consistente nella sua non invocabilità da parte di chi abbia, istituzionalmente, compiti di controllo dell'operato altrui, subisce un temperamento. Temperamento, peraltro, necessario a ricondurre il ruolo del medico in posizione apicale entro l'alveo della personalità della responsabilità penale e a limitare il rischio di configurazione di ipotesi di responsabilità oggettiva *sub specie* di responsabilità di posizione: egli dovrebbe andare esente da responsabilità penale nel caso in cui si verifici un evento infausto per la salute del paziente come conseguenza di un errore esecutivo nell'ambito di un'attività medica di *routine* potendo fare affidamento sulla correttezza dell'operato dei propri collaboratori in tali frangenti.

Tuttavia, un'eccezione all'operatività del principio di affidamento nei casi di attività di *routine* potrebbe individuarsi nei casi in cui il medico in posizione apicale assista personalmente all'atto medico e, quindi, sia in grado di cogliere l'errore altrui e possa intervenire a sanarne le potenziali conseguenze lesive per il paziente. In tal caso, comunque, trova applicazione un altro limite al principio di affidamento, cioè la sua non invocabilità da parte di chi abbia percepito – o avrebbe dovuto percepire – indizi deponenti nel senso della non correttezza della condotta altrui. Limite, questo, che analizzeremo oltre, con riferimento alle *équipes* organizzate secondo il principio della divisione del lavoro in senso orizzontale.

Diversamente deve ritenersi, invece, con riferimento alle attività mediche che, esulando dalla *routine*, attingono ad un sapere specialistico ed esigono un'abilità diagnostica, terapeutica o anche esecutiva non comune. Richiedono, quindi, che sia adoperata la massima esperienza e la massima preparazione teorica. In questi casi, il medico in posizione apicale deve esercitare con oculatezza il proprio potere di distribuzione del lavoro fra i vari medici della struttura, potendo egli, all'occorrenza, assegnare a sé – come testualmente afferma il più volte citato art. 63, D.P.R. n. 761/1979 – i casi che richiedono la maggiore esperienza professionale e le maggiori capacità diagnostico-terapeutiche. Il che non significa, beninteso, che egli non possa assegnare a medici funzionalmente sottordinati casi rientranti in questa macrocategoria. In tale evenienza, il dovere di controllo assume connotati maggiormente pregnanti, non potendo il medico in posizione apicale fare affidamento “cieco” sulle capacità dei medici affidatari. La complessità del caso clinico influenza, riducendolo, l'ambito applicativo del principio di affidamento, imponendo al vertice della struttura un controllo assiduo delle condizioni cliniche dei pazienti ed un obbligo di direttiva sulle modalità con cui si deve procedere nell'affrontare il caso clinico; eventualmente, imponendo l'avocazione del caso alla propria diretta responsabilità.

La *culpa in vigilando*, in tali casi, si ha quando si verifichi un evento infausto per la salute del paziente riconducibile all'omissione, da parte del medico in posizione apicale, del monitoraggio costante delle attività svolte nel suo reparto, dell'esame diretto dei pazienti, dell'avocazione del caso particolarmente complesso

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

alla sua diretta responsabilità. In tali casi, il limite al principio di affidamento relativo all'obbligo di controllo affidato ad un definito soggetto trova la sua più ampia applicazione. Non potrà invece essere mosso alcun rimprovero al c.d. «primario» quando egli abbia correttamente svolto i propri compiti di organizzazione, direzione, coordinamento e controllo e, ciononostante, si verifichi un evento infausto causato da un medico della propria struttura. Ne risponde unicamente il medico subordinato: ravvisare una responsabilità penale del medico in posizione apicale anche in questi casi significa accettare una ipotesi di responsabilità per posizione, in quanto non può pretendersi che il vertice di un reparto possa controllare costantemente tutte le attività che ivi vengono svolte, anche per la ragione, del tutto ovvia, che anch'egli svolge attività tecnico-professionale²⁵⁰.

III. 2. [La responsabilità del medico in posizione apicale: analisi giurisprudenziale]. Dopo avere analizzato i dati normativi applicabili alla posizione funzionale del medico in posizione apicale, e dopo aver proposto alcune linee interpretative per rinvenire un punto di equilibrio fra obbligo di organizzazione e controllo e principio di affidamento sulla correttezza dell'operato altrui, appare opportuno verificare come quello stesso dato normativo su cui ci siamo intrattenuti sia stato recepito dalla giurisprudenza²⁵¹.

Possiamo notare come la prassi abbia valorizzato in senso rigorista i dati normativi menzionati in precedenza, giungendo a configurare nei confronti di

²⁵⁰ In senso sostanzialmente concorde, cfr. A. MASSARO, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, pp. 3865 e ss., la quale, premessa la frequente confusione, in giurisprudenza, fra «il piano della colpa e quello della c.d. posizione di garanzia» con conseguente assorbimento dell'accertamento della colpa in quello della posizione di garanzia e affermata la necessità di distinguere tali due momenti recuperando la funzione selettiva della colpa nella descrizione del fatto tipico nei reati omissivi impropri, sostiene che «il comportamento diligente del vertice [...] non andrà modellato unicamente attorno ad un generico obbligo di controllo sull'operato altrui, che nella maggior parte dei casi condurrebbe a ritenere sussistente la sua responsabilità per il solo fatto che uno dei sottoposti abbia commesso un reato. I contorni del comportamento alternativo diligente possono essere efficacemente definiti solo attribuendo rilevanza anche alla regola cautelare che si assume violata nel caso concreto. Un utile punto di riferimento può forse essere rappresentato dal concetto di "corretta organizzazione" della struttura complessa [...]. Se l'obbligo di "corretta organizzazione" è stato adempiuto, il soggetto in posizione apicale non risponde, almeno come regola generale, del reato commesso da altri. Altrimenti detto, [...] il vertice può fare legittimo affidamento sul corretto adempimento dei propri collaboratori, a meno che non sia dato ravvisare una sua "colpa per l'organizzazione". Anche in questo caso [...] l'affidamento, seppur derivante dall'adempimento all'obbligo di corretta organizzazione, non può avere carattere assoluto. Quale limite al principio torna dunque operativa l'eccezione dell'errore altrui "riconoscibile"».

²⁵¹ R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, *op. cit.*, pp. 340 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

questa figura professionale un'ampia posizione di garanzia fondata su un'accezione particolarmente lata dell'obbligo di organizzazione, direzione e controllo che emerge principalmente dall'art. 7 D.P.R. n. 128/1969 e dall'art. 63 D.P.R. n. 761/1979²⁵². Tali norme sono state dalla giurisprudenza utilizzate frequentemente in combinato disposto, nonostante la – già richiamata – avvenuta abrogazione del D.P.R. n. 128/1969 per effetto della riforma del 1992²⁵³. Il quadro che ne risulta appare decisamente draconiano²⁵⁴: la responsabilità del medico in posizione apicale è frequentemente riconosciuta, sia per fatto proprio – derivante da difetto organizzativo o cattiva scelta del preposto: *culpa in eligendo* – che per fatto dei medici della divisione da lui diretta (*culpa in vigilando*).

Sinteticamente, l'art. 63, D.P.R. n. 761/1979, come abbiamo già avuto modo di vedere in precedenza, pone a carico del medico in posizione apicale una serie di compiti. Anzitutto l'espletamento di attività medico-chirurgica; poi, attività di studio, ricerca e didattica; infine, attività di direzione e programmazione della struttura.

La norma, come visto in precedenza, dota il medico in posizione apicale di una serie di “strumenti” per assolvere alle proprie funzioni. Relativamente all'attività

²⁵² P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, I delitti colposi*, op. cit., p. 197; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, op. cit., p. 300; R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, op. cit., p. 515: «La Suprema Corte ha valorizzato fortemente il ruolo del dirigente del reparto, affermando il principio che il primario facente funzione di una divisione di chirurgia di un ospedale ha compiti di indirizzo, di direzione e di verifica dell'attività diagnostica e terapeutica. A lui pertanto spettano le scelte operative congruenti all'evoluzione della condizione nosologica della persona ricoverata (Cass., sez. IV, 18 gennaio 1995, Presta, in C.E.D Cass., n. 201553)».

²⁵³ Cass. Pen. Sez. III, 18 maggio 2001, n. 6822: «il primario ospedaliero, ai sensi dell'art. 7, D.P.R. 27 marzo 1969, n. 128, ha la responsabilità dei malati della divisione, per i quali ha l'obbligo di definire criteri diagnostici e terapeutici che gli aiuti degli assistenti devono seguire e di vigilare, come desumibile anche dall'art. 63 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, sull'esatta esecuzione da parte dei medesimi [...]».

²⁵⁴ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, op. cit., p. 51; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., p. 117: «Ciò che appare opportuno rilevare, in relazione alle pronunce esaminate, è che la Suprema Corte, nell'affermare la concorrente responsabilità del primario, per l'evento lesivo verificatosi, non attribuisce alcun rilievo alla peculiarità delle concrete circostanze fattuali, dalle quali il medico in posizione gerarchicamente sovraordinata avrebbe potuto e dovuto percepire l'errore diagnostico del collega, medico specialista nella medesima disciplina anche se dotato di una minore esperienza professionale, né individua, con precisione, la diversa condotta che il sanitario avrebbe dovuto tenere, per rimediare alla violazione delle *leges artis* commessa dall'assistente. Insomma, sembra che i giudici di legittimità facciano derivare la responsabilità colposa del primario dalla sua posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto a quella del medico subordinato, indipendentemente da un'indagine concreta ed effettiva sulle circostanze fattuali che avrebbero giustificato il venir meno della legittima aspettativa circa il comportamento diligente e perito del collega da parte del primario. La soluzione prospettata appare, quindi, improntata all'esigenza di una metodica sfiducia del medico in posizione apicale rispetto all'attività svolta dai suoi collaboratori».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

più strettamente medico-chirurgica, ha il fondamentale compito di dividere il carico di pazienti all'interno della divisione. La norma stabilisce che egli «*assegna a sé o altri medici*» – sulla base dei criteri di competenza, equa distribuzione del lavoro e rotazione turnaria – i pazienti ivi ricoverati, ed inoltre può avocare alla sua diretta responsabilità casi clinici specifici, con conseguente obbligo di collaborazione da parte del medico che in precedenza ne era affidatario. Diviso il lavoro, il medico c.d. «*primario*» oltre ad essere vincolato all'assolvimento dei propri specifici compiti medico-chirurgici che abbia deciso di attribuire a sé, organizza il lavoro dei propri collaboratori, allestendo piani di lavoro e curandone la relativa attuazione ed impartendo istruzioni (ai medici in posizione funzionale iniziale) e direttive (ai medici in posizione intermedia) e verificandone l'attuazione.

Anche l'art. 15, comma 6, D. Lgs. n. 502/1992, nel testo attualmente vigente, sostanzialmente conferma l'impianto normativo anteriore, se limitiamo l'indagine al solo medico in posizione apicale. Infatti il «*dirigente di struttura complessa*» deve espletare le mansioni derivanti dalle proprie specifiche competenze (quindi esercita attività medico-chirurgica); inoltre la norma evidenzia maggiormente le funzioni di direzione e organizzazione della struttura che spettano a questa figura professionale, in armonia con quanto disposto nel comma 3 con riferimento generale a tutti i «*dirigenti sanitari*»: l'esercizio delle loro funzioni si caratterizza per l'autonomia tecnico-professionale «*i cui ambiti di esercizio [...] sono progressivamente ampliati*» nel corso del tempo, previo superamento positivo di verifiche a scadenze temporali prefissate.

Valorizzando questi dati normativi, la giurisprudenza dominante afferma che la posizione di garanzia del medico sorge per la semplice instaurazione col paziente di una relazione terapeutica²⁵⁵, su fonte privatistica (contratto) o

²⁵⁵ Cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 28 maggio 2010, n. 20370, Zagni, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 31: «*L'instaurazione della relazione terapeutica tra medico e paziente è la fonte della posizione di garanzia che il primo assume nei confronti del secondo e da cui deriva l'obbligo di agire a tutela della salute e della vita (Morte per insufficienza respiratoria: ritenuta immune da vizio motivazionale la sentenza della Corte territoriale che fonda il giudizio di sussistenza della colpa sull'accertata condotta omissiva del medico per non aver risposto l'emogasanalisi, per la posizione di garanzia dallo stesso assunta nei confronti del paziente)*»; in termini, Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2009, n. 10819, Ferlito, in C.E.D. Cass., n. 243874: «*In tema di colpa professionale medica, l'instaurazione della relazione terapeutica tra medico e paziente è fonte della posizione di garanzia che il primo assume nei confronti del secondo, e da cui deriva l'obbligo di attivarsi a tutela della salute e della vita*»; Cass. Pen. Sez. IV, 15 settembre 2008, n. 35307, Izzo.

pubblicistica (ricovero ospedaliero)²⁵⁶ e con effettiva presa in carico del paziente²⁵⁷. In forza di ciò, «*gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici, sono tutti ex lege portatori di una posizione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex artt. 2 e 32 Cost., nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che minacci l'integrità; tale obbligo di protezione perdura per l'intero tempo del turno di lavoro*»²⁵⁸.

L'ampiezza tendenzialmente onnicomprensiva di tale posizione di garanzia è stata confermata a più riprese dalla Suprema Corte, la quale ha chiarito che «*non si esaurisce con l'intervento ma si estende anche alla fase postoperatoria, gravando sui sanitari, gravando sui sanitari un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato. Il dovere di controllare e di seguire il paziente non può concernere la sola persona del capo dell'équipe operatoria, incombando anche sull'aiuto il dovere di assicurarsi che la persona sottoposta ad intervento venga, subito dopo la sua esecuzione, assistita e seguita in maniera adeguata, dando le*

Recentemente, si è affermato il sorgere della posizione di garanzia anche da c.d. “contatto sociale qualificato”; cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 13547, Ferrari e altri, in C.E.D. Cass., n. 253293: «*In tema di colpa professionale, una volta che un paziente si presenti presso una struttura medica chiedendo la erogazione di una prestazione professionale, il medico, in virtù del “contatto sociale”, assume una posizione di garanzia della tutela della sua salute ed anche se non può erogare la prestazione richiesta deve fare tutto ciò che è nelle sue capacità per la salvaguardia dell'integrità del paziente. (In applicazione del principio di cui in massima la S.C. ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di appello ha, in riforma della sentenza di primo grado, condannato agli effetti civili, il medico in servizio presso una clinica odontostomatologica, il quale si era limitato ad invitare il paziente a recarsi in ospedale senza assicurarsi che i medici di destinazione fossero informati in modo preciso della gravità della situazione con il supporto di adeguata documentazione medica relativa alla diagnosi della patologia)*». Orientamento affermato anche di recente, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 7967, Fichera, in <www.penalecontemporaneo.it>, 21 giugno 2013, con nota di C. SALE, *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*. L'Autrice nota che «*La giurisprudenza [...] specialmente in ambito medico, privilegia talvolta, quale fonte della posizione di garanzia, la mera posizione che il soggetto occupa in relazione ad una certa vicenda. Si ritiene sufficiente, per l'insorgere dell'obbligo di impedire l'evento, l'instaurarsi di una relazione diagnostico-terapeutica tra medico e paziente, indipendente da rapporti giuridici formali tra le parti. Si assiste, in tal modo, ad uno scivolamento verso una concezione sostanziale dell'obbligo di impedire l'evento, che tende a scolorire la giuridicità dello stesso*».

²⁵⁶ Cass. Pen. Sez. IV, 11 marzo 2008, n. 10795, Pozzi, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina, op. cit.*, p. 33.

²⁵⁷ Cass. Pen. Sez. IV, 12 aprile 2006, n. 12894, Vescio, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina, op. cit.*, p. 34.

²⁵⁸ Cass. Pen. Sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 9739, Dilonardo, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, op. cit., p. 34; e in Cass. Pen., 2006, p. 2154, con nota di A. ROIATI, *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*. Sostanzialmente in termini, Cass. Pen. Sez. IV, 21 ottobre 2005, n. 38823, Orestano: «*Qualunque medico, per il solo fatto di aver assunto in cura un paziente, è gravato di una posizione di garanzia nei confronti di quest'ultimo, in forza della quale egli è tenuto a formulare diagnosi e prescrivere cure, accertamenti ed interventi nel modo più corretto, nonché a “leggere”, valutare ed interpretare correttamente (richiedendo se necessario chiarimenti da altri medici specialisti) le risultanze degli esami da lui disposti onde accertare da quale malattia il paziente sia affetto*».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

necessarie indicazioni terapeutiche a coloro cui viene affidata in modo da renderli edotti degli eventuali rischi»²⁵⁹.

Con specifico riferimento alla figura del medico in posizione apicale, la giurisprudenza ha sottolineato che «Il primario ospedaliero è titolare di una specifica posizione di garanzia nei confronti dei suoi pazienti alla quale non può sottrarsi adducendo che ai reparti sono assegnati altri medici o che il suo intervento è dovuto solo in casi di particolari difficoltà o di complicazioni; ciò risulta chiaramente dall'art. 7, comma 3, del D.P.R. 27 marzo 1969 n. 128 (ordinamento interno dei servizi ospedalieri) che gli attribuisce la “responsabilità” dei malati e dall'art. 63, comma 5, del D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 (stato giuridico del personale delle U.S.L.) secondo il quale il medico appartenente alla posizione apicale ha il potere di impartire istruzioni e direttive in ordine alla diagnosi e alla cura e di verificarne l'attuazione»²⁶⁰: in sostanza, la divisione del lavoro attraverso lo strumento della “delega”, quindi, non avrebbe nei confronti del c.d. «primario», effetto liberatorio, non intaccando la propria posizione di garanzia rispetto ai pazienti ivi ricoverati. I doveri cautelari che danno contenuto alla predetta posizione di garanzia si risolvono nell'obbligo di

²⁵⁹ Cass. Pen. Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 6690, Regali, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 50: «La S.C. ha ritenuto la responsabilità del medico in posizione intermedia, membro dell'equipe chirurgica la quale, a seguito di complicanze emorragiche sorte durante un intervento di eliminazione di occlusione intestinale, ha proceduto all'asportazione della milza del paziente. La condotta tenuta dal sanitario imputato – di fatto disinteressatosi del decorso postoperatorio nonostante, essendo a conoscenza delle complicanze emorragiche precedentemente insorte, fosse in grado di prevedere ed evitare l'exitus attraverso un'attenta osservazione dell'evoluzione del quadro clinico ed un passaggio delle consegne dettagliato al medico di guardia subentrato nella presa in carico del paziente – non ha permesso di diagnosticare ed arrestare l'emorragia in atto nell'area interessata dal precedente intervento demolitivo. Il conseguente shock ipovolemico ha condotto a morte il paziente».

In termini, ma con riferimento all'intera équipe, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 8 febbraio 2005, n. 12275, Zuccarello, in C.E.D. Cass., n. 231321: «La posizione di garanzia dell'equipe chirurgica nei confronti del paziente non si esaurisce con l'intervento, ma riguarda anche la fase post-operatoria, gravando sui sanitari un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato; ne consegue che dalla violazione di tale obbligo, fondato anche sul contratto d'opera professionale, può discendere la responsabilità penale dei medici qualora l'evento dannoso sia causalmente connesso ad un comportamento omissivo ex art. 40 comma secondo cod. pen. (Fattispecie in cui è stata riconosciuta la responsabilità per il reato di cui all'art. 589 cod. pen. dei componenti l'equipe chirurgica, colpevoli di aver fatto rientrare il paziente nel reparto dopo l'intervento, anziché sottoporlo a terapia intensiva, sottovalutando elementi significativi, quali l'incremento progressivo della pressione arteriosa e della frequenza cardiaca, che rendevano prevedibile un'insufficienza respiratoria)».

Con riferimento al capo-équipe, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 6 marzo 2012, n. 17222, Arena, in C.E.D. Cass., n. 252375: «Il capo dell'equipe medica è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, che non è limitata all'ambito strettamente chirurgico, ma si estende al successivo decorso post-operatorio, poiché le esigenze di cura e di assistenza dell'infermo sono note a colui che ha eseguito l'intervento più che ad ogni altro sanitario».

²⁶⁰ Cass. Pen. Sez. IV, 1 febbraio 2000, n. 1126, Gulisano e altri, in C.E.D. Cass., n. 215660. Fattispecie relativa a parto trigemellare con successive complicanze. Evidenti sintomi di sofferenza epatica, che avrebbero dovuto spingere i sanitari a compere ulteriori esami ed approfondimenti diagnostici, furono sottovalutati colpevolmente. I feti e la puerpera persero la vita. Del tragico epilogo fu ritenuto responsabile anche il primario del reparto di ginecologia, appunto disattendendo la sua argomentazione difensiva secondo cui il caso clinico era stato assegnato ad altri medici e che non sussistevano segnali di complicanze che, sole, avrebbero giustificato il suo intervento.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

impartire direttive e istruzioni e verificare che siano portate ad attuazione effettiva²⁶¹.

Giova inoltre soffermarsi su una celebre pronuncia della S.C. che ha espressamente preso posizione su eventuali mutamenti nella sfera di responsabilità di questa figura professionale in conseguenza delle riforme che hanno interessato la sanità pubblica nel 1992 e 1999. Ha stabilito che «*nell'ambito di una divisione ospedaliera, in base alla tradizione dell'art. 15, D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, spetta al professionista, o dirigente sanitario, in posizione apicale – così sostituendosi la qualifica di “primario” senza per questo confondere il dirigente sanitario con il “direttore sanitario”, che ha poteri diversi e di maggior rilievo – la cura di tutti malati affidati alla compagine da lui diretta, oltre che l'organizzazione generale di tale struttura. Ne consegue che tre condotte vanno attribuite al dirigente con funzione apicale in una divisione ospedaliera, per evitare un suo possibile coinvolgimento in una attività omissiva del sanitario collaboratore: a) il potere-dovere di fornire preventivamente le informazioni di carattere programmatico per un'efficiente svolgimento dell'attività sanitaria, e quindi l'esercizio di direttive tecnico-organizzative; b) in conseguenza di ciò, il potere c.d. di delega per quei casi sicuramente risolvibili in base all'espletamento dei poteri organizzativi di carattere generale; c) un potere-dovere di verifica, vigilanza ed eventuale avocazione. Concretamente, poi, è evidente che un buon dirigente deve sapere indirizzare i programmi terapeutici di una divisione ospedaliera ed intervenire direttamente nelle situazioni di maggiore difficoltà. A ciò va aggiunto il potere di verifica, che si esplica con il controllo dell'informazione costante del dirigente presunse collaboratori*»²⁶². Il mutamento fra precedente e nuova disciplina, quindi, sarebbe meramente terminologico in quanto al medico in posizione apicale continua ad

²⁶¹ Cass. Pen. Sez. IV, 24 novembre 1994, n. 11696, Pizza ed altro, in C.E.D. Cass., n. 199758: «*La normativa che disciplina la ripartizione dei ruoli tra i medici operanti in una struttura sanitaria pubblica – D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 (stato giuridico del personale delle U.S.L.) e D.P.R. 27 marzo 1969 n. 128 (ordinamento interno dei servizi ospedalieri) – prevede che il medico appartenente alla posizione apicale assegni agli altri medici i pazienti ricoverati. Ne consegue che questo affidamento determina la responsabilità del medico affidatario per gli eventi a lui imputabili che colpiscano l'ammalato affidatogli. (Nella fattispecie si trattava di omicidio colposo ed uno dei ricorrenti assumeva che egli, nella qualità di assistente del reparto ospedaliero in cui era stata ricoverata la persona poi deceduta, non aveva competenza ad emettere diagnosi di alcun genere, spettando al primario la formulazione delle diagnosi e le scelte terapeutiche. La S.C., nell'enunciare il principio di cui in massima, ha precisato che, in conseguenza dell'affidamento del paziente alle cure dell'assistente, incombeva anche a quest'ultimo l'obbligo di assumere, sulla base delle conoscenze del caso acquisite, le iniziative necessarie per provocare in ambito decisionale i provvedimenti richiesti da eventuali esigenze terapeutiche)*».

²⁶² Cass. Pen. Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 47145, Sciortino, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 37; in *Cass. pen.*, 2007, p. 143, con nota di G. IADECOLA, *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*; in *Ind. pen.*, 2007, p. 728, con nota di A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra colpa in vigilando e responsabilità di posizione*.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

essere affidata la cura dei malati della divisione da lui diretta, oltre che l'organizzazione generale della struttura. Compito da attuarsi attraverso l'esercizio del potere di impartire direttive e istruzioni al personale dipendente, nonché attraverso la verifica che tali direttive e istruzioni siano in concreto attuate.

Con specifico riferimento al potere di verifica del medico in posizione apicale rispetto all'operato del medico in posizione funzionale inferiore, la stessa pronuncia ha chiarito che *«Il potere di verifica che compete al dirigente sanitario sui propri collaboratori si attua con due diversi comportamenti. Il primo è di carattere generale, dovendo il dirigente di struttura informarsi della situazione generale del reparto; il secondo è di carattere specifico, in quanto, venuto a conoscenza, o comunque avendo la possibilità di venirne a conoscenza, di una situazione in cui le leges artis necessitano di una particolare competenza 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».*

Relativamente all'obbligo di controllo del primario sull'operato degli altri medici, la giurisprudenza si è più volte espressa in termini piuttosto rigidi, ponendo direttamente in relazione la violazione del predetto obbligo di controllo con la responsabilità per la morte del paziente a causa della condotta colposa dei componenti dell'*équipe* medica²⁶³. In un caso, si è ritenuta immune da censure la sentenza del giudice di merito che ha riconosciuto la responsabilità del medico in posizione apicale che *«in violazione del suo ruolo istituzionale, delle sue specialistiche capacità e, in definitiva, della sua evidente posizione di garanzia, ha ommesso di eseguire i controlli necessari sull'operato del chirurgo – medico curante del paziente, con titolo inferiore, autorizzato quale esterno ad operare nel reparto diretto dallo stesso primario – nonché per essere intervenuto*

²⁶³ Cass. Pen. Sez. IV, 23 settembre 2010, n. 34521, Huscher e altri; Cass. Pen. Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 29184, Palombi, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 43: *«In forza dell'art. 63 D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 (si veda ora anche il D. Lgs. n. 502 del 1992, art. 15) compete al primario impartire al personale delegato le direttive e le istruzioni corrette, nonché verificare l'esatta attuazione delle medesime. Ne consegue che il primario ben può essere chiamato a rispondere della fattispecie di cui all'art. 589 c.p., nel caso in cui no abbia impartito le necessarie (e causalmente rilevanti) istruzioni o direttive, o le abbia impartite in modo erroneo».*

tardivamente, su richiesta dello stesso medico, solo nella fase finale dell'intervento, per fronteggiare le complicazioni insorte»²⁶⁴.

In una fattispecie di omicidio colposo, in cui la morte del paziente era stata cagionata dall'omessa diagnosi di versamento pleurico, ad esempio, la suprema Corte ha affermato la responsabilità penale, non solo dei sanitari componenti il collegio medico che aveva in cura il paziente, ricoverato a seguito di un grave incidente automobilistico, per non aver saputo valutare e interpretare la sintomatologia del malato, così omettendo i provvedimenti diagnostici, anche più semplici ed elementari, alla portata di qualsiasi abilitato alla professione sanitaria e, di conseguenza, i provvedimenti terapeutici necessari, ma anche del primario, responsabile del reparto di chirurgia, ove il paziente era stato ricoverato, proprio perché, in tale sua qualità, a lui competeva *«l'esercizio della funzione di indirizzo, direzione e verifica dell'attività diagnostica e terapeutica, e l'adozione delle scelte terapeutiche adeguate all'evoluzione della condizione nosologica del paziente»²⁶⁵.*

Il rigore con cui la giurisprudenza solitamente valuta la posizione del primario è ben esemplificato anche da una sentenza che riguarda due specialisti in ginecologia, con diversa posizione funzionale: assistente e aiuto. Il primo non aveva diagnosticato tempestivamente una sofferenza fetale in atto, avendola colposamente confusa con una colica renale. Solo dopo l'ulteriore aggravarsi della situazione clinica della puerpera, aveva deciso di procedere a taglio cesareo con l'ausilio dell'aiuto, appositamente fatto chiamare. Il quale aiuto, senza procedere ad ulteriori esami, adagiandosi supinamente sulla diagnosi erronea formulata dal collega, autorizzava e procedeva al taglio cesareo. La neonata, affetta dalle conseguenze di una grave crisi respiratoria decedeva poco tempo dopo la nascita. La Corte di Cassazione ha riconosciuto la responsabilità penale, non solo del ginecologo di turno, per l'errore diagnostico in cui era incorso, ma anche dell'aiuto primario, il quale *«aveva l'obbligo di attivarsi immediatamente e direttamente anche eseguendo personalmente altri accertamenti per assicurarsi dello stato della partoriente e, soprattutto, del feto, senza adagiarsi supinamente sull'inesatta diagnosi dell'assistente e proseguire nell'erroneo atteggiamento di costui».*

²⁶⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 16 luglio 2004, n. 31313, Cantini, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 44.

²⁶⁵ Cass. Pen. Sez. IV, 11 novembre 1994, Presta, in C.E.D. Cass., n. 201553.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

All'aiuto primario, quindi, veniva rimproverato di non aver compiuto alcun accertamento personale ulteriore e di aver avallato la diagnosi gravemente erronea del collega, «aggiungendo la sua causale negligenza a quella del collega»²⁶⁶.

Altro caso giurisprudenziale particolarmente emblematico²⁶⁷ attiene ad un omicidio colposo di paziente, sottoposto a un intervento di colecistectomia per via laparoscopica, deceduto nella fase del decorso post-operatorio per effetto della recisione della via biliare principale, occorsa durante il predetto intervento. La Corte di Cassazione ha riconosciuto sia la responsabilità del chirurgo che ha concretamente effettuato l'intervento negligenzatamente ed imperitamente, che quella del c.d. «primario» del reparto di chirurgia, per non aver successivamente diagnosticato la lesione iatrogena, nonostante la chiara ed evidente sintomatologia, il fatto di rivestire una posizione apicale nell'ambito del reparto, il fatto di avere seguito in modo continuativo il decorso postoperatorio del paziente. «Pertanto, il medico, anche nella qualità di responsabile del reparto di chirurgia, era venuto meno ai propri doveri di direzione (e cioè nell'indicare i rimedi e le cure appropriate a tutela della salvaguardia delle condizioni di salute dei degenti) e di vigilanza sui casi di ricovero particolarmente meritevoli di una attenzione professionale, sia per le complicazioni che ne potevano derivare, che per le stesse difficoltà terapeutiche». Nel condannare il chirurgo in posizione apicale, la Suprema Corte ha escluso che potesse elidere la sua responsabilità il fatto di avere ricevuto dal medico subordinato che ha effettuato materialmente l'intervento rassicurazioni circa la perfetta riuscita dello stesso. Il primario ha, in sostanza, invocato nei suoi confronti, in funzione limitativa della propria responsabilità colposa, il principio di affidamento, «[...] cioè il principio secondo il quale nei reati colposi ciascuno può contare sull'adempimento, da parte di altri, dei doveri su di essi incombenti, e, nell'ambito delle proprie competenze e specializzazioni, non risponde dell'eventuale violazione delle regole cautelari da parte di altri partecipi della medesima attività o che agiscano nello stesso ambito di attività, giacché l'agente deve poter confidare sul rispetto delle regole dell'arte da parte di queste persone». Nel rigettare tale argomentazione difensiva, la S.C. ha ribadito i “tradizionali” limiti all'operatività del principio di affidamento, principio che «non è utilmente invocabile da

²⁶⁶ Cass. Pen. Sez. IV, 19 gennaio 1999, Montagner, in *Cass. pen.*, 2000, p. 583, con nota di R. BLAIOTTA, e in *Riv. pen.*, 1999, p. 765.

²⁶⁷ Cass. Pen. Sez. IV, 14 novembre 2008, Calzini, in C.E.D. Cass., n. 242468.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

colui al quale sia attribuita una funzione di controllo dell'opera altrui e neanche dal soggetto – il quale ha anzi l'obbligo di attivarsi per evitare eventi dannosi – che viene a conoscenza della violazione delle regole da parte di altri partecipi della medesima attività o, comunque, che si trova in una situazione in cui diviene prevedibile l'altrui inosservanza della regola cautelare, che deve avere quindi il carattere di riconoscibilità». «In linea con la richiamata giurisprudenza», ha osservato la sentenza, «la mancata segnalazione dell'occorso e delle complicanze da parte del medico che aveva eseguito l'intervento, se pure espressiva della elevata colpa professionale del medesimo, non può certo escludere la colpa di un operatore, che era direttamente investito, in funzione del ruolo ricoperto, anche del compito di seguire il decorso post-operatorio del paziente».

L'ampiezza della posizione di garanzia del medico in posizione apicale e dei correlativi doveri cautelari è stata spesso utilizzata dalla giurisprudenza in chiave incriminatrice, riconoscendo la corresponsabilità del medico in posizione apicale per fatto del medico in posizione gerarchicamente subordinata. In proposito, molto citato in dottrina un caso di omicidio colposo per erronea somministrazione di un farmaco, rivelatasi letale, materialmente effettuata dal medico in posizione funzionale gerarchicamente inferiore. Il primario è stato ritenuto corresponsabile in quanto, pur presente al momento in cui l'altro medico compiva la scelta terapeutica rivelatasi mortale, non è intervenuto per rimediare all'errore del collaboratore ed impedire che pratiche mediche erranee venissero praticate nel suo reparto, pur consapevole del rischio legato alla somministrazione di sostanze farmacologiche del tipo di quella effettivamente somministrata²⁶⁸.

III. 3. [Considerazioni conclusive sulla responsabilità del medico in posizione apicale e proposte interpretative che valorizzino l'applicabilità del principio di affidamento] La giurisprudenza non sembra aver dato adeguato peso ai mutamenti normativi di cui abbiamo dato conto in precedenza. Sembra essere rimasta ferma al perentorio disposto dell'art. 7, comma 3, D.P.R. n. 128/1969, che attribuiva al «primario» la responsabilità dei malati ricoverati nel reparto. Non sembra, quindi, che il percorso normativo successivamente compiuto dal legislatore si sia tradotto in un indirizzo giurisprudenziale maggiormente attento alla

²⁶⁸ Cass. Pen. Sez. IV, 30 novembre 1989, n. 16741, Cipollaro, in C.E.D. Cass., n. 182711.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

valorizzazione dell'autonomia professionale, nonostante si presti senz'altro ad essere interpretato in questo senso, come abbiamo avuto modo di verificare ²⁶⁹. Tendenzialmente, in caso di esito infausto verificatosi in reparto, il medico in posizione apicale, in quanto garante della salute del paziente e quindi tenuto ad evitarne eventi lesivi, viene ritenuto responsabile o per *culpa in eligendo* – per non avere organizzato adeguatamente il reparto o non avere diviso il lavoro affidando la cura dei pazienti a medici sufficientemente esperti e preparati – o per *culpa in vigilando*, per non avere quindi verificato costantemente la correttezza dell'operato dei medici affidatari dei pazienti.

La prassi ha sempre ritenuto necessario evidenziare come la normativa di settore in precedenza analizzata conferisca al medico in posizione apicale (ma anche a ogni altro medico che eserciti concretamente sul paziente attività diagnostico-terapeutica) una specifica posizione di garanzia. In tal modo, attraverso un uso ampio e tendenzialmente onnicomprensivo dell'obbligo giuridico di impedire eventi lesivi della salute del paziente, si è giunti ad attribuire al c.d. «primario» una responsabilità pressoché oggettiva, derivante sia dal fatto proprio colposo, sia dal fatto altrui non adeguatamente verificato, controllato ed eventualmente emendato.

Si comprende, pertanto l'allarme della dottrina più recente²⁷⁰. Adottando acriticamente queste opzioni interpretative vi è il concreto rischio di incompatibilità

²⁶⁹ Si richiama la massima della già citata Cass. Pen., Sez. IV, 29 settembre 2005, n. 47145, Sciortino ed altri, in C.E.D. Cass., n. 232843: «Il dirigente medico ospedaliero è titolare di una posizione di garanzia a tutela della salute dei pazienti affidati alla struttura, perché i decreti legislativi n. 502 del 1992 e n. 229 del 1999 di modifica dell'ordinamento interno dei servizi ospedalieri hanno attenuato la forza del vincolo gerarchico con i medici che con lui collaborano, ma non hanno eliminato il potere-dovere in capo al dirigente medico in posizione apicale di dettare direttive generiche e specifiche, di vigilare e di verificare l'attività autonoma e delegata dei medici addetti alla struttura, ed infine il potere residuale di avocare a sé la gestione dei singoli pazienti. (La Corte, con specifico riferimento alla disciplina del D. Lgs. n. 502 del 1992 posto che i fatti si riferivano al 1995, ha statuito che l'omesso esercizio di siffatte competenze causa il coinvolgimento del dirigente medico nella responsabilità per il fatto omicidiario, conseguente all'omissione colposa del trattamento terapeutico, commesso dai medici collaboratori)». In particolare, come visto, la sentenza citata individua «tre condotte [che] vanno attribuite al dirigente con funzione apicale in una divisione ospedaliera, per evitare un suo possibile coinvolgimento in una attività omissiva del sanitario collaboratore: a) il potere-dovere di fornire preventivamente le informazioni di carattere programmatico per un efficiente svolgimento dell'attività sanitaria, e quindi l'esercizio di direttive tecnico-organizzative; b) in conseguenza di ciò, il potere cd. di delega per quei casi sicuramente risolvibili in base all'espletamento dei poteri organizzativi di carattere generale; c) un potere-dovere di verifica, vigilanza ed eventuale avocazione».

²⁷⁰ A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, op. cit., p. 294: «Al pari di quanto accaduto in riferimento all'accertamento del nesso causale, là dove per semplificare l'accertamento probatorio la prassi giudiziaria in passato ha surrettiziamente trasformato le fattispecie commissive in omissive, in tema di responsabilità del medico in posizione apicale il piano colposo si polarizza sull'obbligo giuridico di impedire l'evento, in conseguenza della previsione – *ex lege* – di penetranti poteri di indirizzo, verifica e controllo sull'operato dei propri collaboratori» L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

col dato costituzionale: la figura medica apicale può facilmente «sconfinare in una responsabilità oggettiva, se non addirittura per fatto altrui, in violazione dell'art. 27, comma 1, Cost., secondo cui la responsabilità penale è personale»²⁷¹. Si è recentemente posto in rilievo come, nel dichiarare la concorrente responsabilità del primario rispetto al medico subordinato, spesso la prassi non fonda tale affermazione sull'individuazione puntuale di elementi concreti da cui egli avrebbe potuto e dovuto percepire l'errore diagnostico del collega; inoltre, si è evidenziato come frequentemente non si individui con precisione la condotta doverosa omessa che avrebbe "sanato" la percepita altrui violazione cautelare. In definitiva, la responsabilità del medico in posizione apicale si colora di oggettività, derivando dal fatto stesso di ricoprire tale posizione di vertice²⁷².

Da tutto ciò emerge in modo evidente l'eccessivo rigore con cui la giurisprudenza interpreta il quadro normativo di riferimento rispetto alla figura del medico in posizione apicale. Nonostante l'abrogazione dell'art. 7 D.P.R. n. 128/1969, la S.C. continua a considerare il primario come titolare del potere di cura di tutti i malati ricoverati nella propria divisione e, in forza del fatto che egli è «*comunque titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente*»²⁷³ ed anche in considerazione del valore dei beni giuridici del paziente potenzialmente attinti dall'azione del medico, se ne afferma costantemente la responsabilità penale anche per fatto del subordinato, evidentemente considerato come sintomatico del fatto

di controllo reciproco, op. cit., p. 45: «La prassi giurisprudenziale sembra orientarsi nel senso della "sistematica sfiducia" dell'altrui operato, quanto meno in rapporto ai soggetti in posizione apicale. Essi sono visti come *onnipresenti* e *onniscienti*, gravati dall'obbligo di tutelare la salute di tutti i pazienti del reparto contro ogni pericolo, in qualsiasi momento creato, dalla condotta di uno qualsiasi dei medici in posizione subordinata»

²⁷¹ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, op. cit., p. 197. In termini, D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 217: «[...] non è realistico concepire la figura del primario come quella di un soggetto *onnipresente* ed *onnisciente*, gravato dall'obbligo di tutelare la salute di tutti i pazienti del suo reparto contro ogni pericolo, in qualsiasi momento creato, dalla condotta di uno qualsiasi dei suoi collaboratori. Tale schema di ragionamento, infatti, se portato alle estreme conseguenze, conduce ad addebitare al primario, in modo pressoché automatico, la responsabilità per tutti gli errori commessi dei medici del suo reparto, a prescindere da ogni concreto accertamento circa la reale sussistenza del nesso causale e della colpa, in palese violazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale».

²⁷² L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, op. cit., p. 47.

²⁷³ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, op. cit., p. 197: «[...] il primario può certo "affidare" il paziente ad altro medico che presti la propria opera professionale nel reparto: ma ciò – secondo la regola prasseologica – ben difficilmente (in pratica, quasi mai?) esimerebbe il medico in posizione apicale da responsabilità per l'evento, laddove la morte o le lesioni si siano verificate per colpa del medico in posizione subalterna».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

che a monte sia comunque ravvisabile una disfunzione del primario relativamente ai propri doveri normativamente stabiliti²⁷⁴.

Inoltre, il fatto che il c.d. «primario» possa, nell'esercizio dei propri poteri di organizzazione del lavoro all'interno del reparto, assegnare pazienti ad altri medici, non lo esime da un persistente obbligo di controllo: in caso di esito infausto, sarebbe configurabile una corresponsabilità del medico in concreto affidatario del paziente e del medico in posizione apicale. Il primo sarebbe responsabile per aver provocato l'evento infausto per effetto della violazione di una regola cautelare che disciplina lo svolgimento dell'attività curativa affidatagli; il secondo invece potrebbe essere raggiunto da un addebito di responsabilità per non aver rispettato gli obblighi che l'art. 63 del D.P.R. n. 761/1979 gli attribuisce: a) omesso esercizio di funzioni di verifica e controllo sulle prestazioni di diagnosi e cura; b) non aver impartito le direttive e le istruzioni al personale funzionalmente subordinato; c) aver impartito quelle direttive o istruzioni in modo erroneo; d) omessa vigilanza sull'effettiva attuazione delle stesse²⁷⁵.

La durezza degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati è probabilmente dovuta alla tendenza della prassi giurisprudenziale di ritenere la colpa professionale medica assorbita nella posizione di garanzia²⁷⁶: essendo il medico obbligato ad evitare eventi infausti alla salute del paziente, qualora si verificano ne risponde in via pressoché automatica. Il giudizio di colpa scompare e arretra, sotto il profilo logico, fagocitato dal giudizio sull'esistenza in concreto di una posizione di garanzia rispetto al paziente, perdurante rispetto al momento organizzativo di divisione del lavoro.

²⁷⁴ A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra colpa in vigilando e responsabilità di posizione*, op. cit., p. 735: «Le coordinate interpretative adottate dalla giurisprudenza per definire gli ambiti di responsabilità e competenza tra medici afferenti a diversi livelli (oppure operanti nel contesto di una attività di *équipe*), risultano improntate ad un rigorismo eccessivo che trae origine dal costante riferimento alla pregnanza dell'interesse protetto ad alla posizione di garanzia caratterizzante la professione medica, ma che prescinde da una approfondita analisi della fattispecie colposa».

²⁷⁵ P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, op. cit., p. 197.

²⁷⁶ A. MASSARO, *Principio di affidamento e "obbligo di vigilanza" sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., pp. 3865 e ss. Più in generale, sui pericoli che si celano nella sovrapposizione fra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, cfr. F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, op. cit., pp. 1281 e ss.; C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, pp. 828 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Per evitare di considerare quella del medico in posizione apicale come una responsabilità oggettiva “mascherata”, agganciata unicamente al ruolo di vertice che ricopre nel reparto, riteniamo sia il caso di interpretare i dati normativi di cui abbiamo dato conto nel senso che il dovere di controllo del primario sia parametrato alla posizione funzionale rivestita dal medico da controllare, alla tipologia di errore che viene in rilievo e alla natura dell'intervento medico in questione (di *routine* oppure no).

Alle considerazioni precedentemente svolte, aggiungiamo anche l'opportunità di recuperare, nel giudizio sulla responsabilità penale del direttore di struttura complessa, il ruolo selettivo del fatto tipico di reato che è proprio dell'istituto della colpa, in maniera tale che possano assurgere a rilevanza penale solo comportamenti effettivamente violativi di regole cautelari; cioè comportamenti prevedibili ed evitabili osservando fedelmente regole modali di comportamento, che siano conoscibili *ex ante* dal medico nella specifica situazione concreta in cui si trovi ad operare e non ricostruite *ex post* nel processo dal giudice²⁷⁷.

In particolare, riteniamo che debba essere ripensata l'area di applicazione del limite all'applicazione del principio di affidamento consistente nella sua non invocabilità da parte di chi sia destinatario di uno specifico dovere di controllare ed eventualmente emendare la condotta altrui. Una rigida applicazione di questo limite comporta la radicale inapplicabilità nei confronti del medico in posizione apicale del principio di affidamento, con conseguente impossibilità di andare esente da responsabilità nel caso in cui si verifichi un evento lesivo della salute del paziente a causa della condotta di un medico in posizione funzionale subordinata, la cui condotta avrebbe dovuto essere sottoposta, appunto, a verifica e controllo. È evidente che in tal modo la responsabilità del primario tende pericolosamente ad oggettivizzarsi, in quanto si dovrebbe giungere all'assurdo di ritenerla sussistente a causa del mero accadimento di un evento lesivo: il semplice fatto che non sia stato evitato dal medico – operando personalmente, avocando il caso a sé, dirigendo o

²⁷⁷ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, p. 415 e ss.; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, *op. cit.*, p. 15 e ss.; M. GALLO, *voce Colpa penale (diritto vigente)*, *op. cit.*, p. 642 e ss.; G. FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1975, p. 1602.

coordinando l'operato altrui, ecc. – dimostra che a monte deve essere ravvisata una colpa, commissiva o omissiva che sia.

Riteniamo invece che anche il medico in posizione apicale possa, al ricorrere di determinate circostanze, invocare il principio di affidamento. Si tratta di applicare anche nei suoi confronti i parametri generali della prevedibilità ed evitabilità del fatto colposo altrui, «non potendosi correttamente ritenere che [egli], in quanto destinatario di obblighi giuridici di impedire l'evento parametrati su poteri direttivi e di controllo onnicomprensivi, diventi in ultima analisi garante ultra posse della salute del paziente e responsabile – “per posizione” – dell'eventuale verificarsi di eventi lesivi»²⁷⁸.

In particolare, compito del dirigente sanitario di struttura complessa non deve essere tanto quello di evitare che all'interno del suo reparto non accadano eventi lesivi della salute dei pazienti ivi ricoverati, quanto quello di predisporre un'organizzazione del lavoro – attraverso la sua suddivisione fra medici dotati di autonomia professionale dal perimetro crescente, attraverso l'emanazione di direttive e istruzioni a tutto il personale medico e paramedico, attraverso la verifica della loro attuazione, fino all'estremo dell'avocazione del caso clinico alla propria esclusiva responsabilità – che sia adeguata alle esigenze di sicurezza e massima tutela della cura del paziente.

Se il direttore di struttura complessa assolve pienamente a tali compiti, non sussistono in concreto indizi che lascino supporre come possibile un comportamento colposo dei medici con cui collabora e inoltre non vi sono casi clinici che, per la complessità che manifestano, richiedono l'intervento del medico in posizione apicale nella veste di professionista più esperto del reparto, allora egli potrà invocare pienamente l'applicazione nei suoi confronti del principio di affidamento.

In conclusione, se da un lato l'imposizione di obblighi di controllo in capo al medico in posizione apicale è opportuna, allo scopo di evitare una eccessiva parcellizzazione e frammentazione dell'intervento medico plurisoggettivo nei

²⁷⁸ A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra colpa in vigilando e responsabilità di posizione*, op. cit., p. 737. Cfr., A. MASSARO, *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., pp. 3867 e ss.

confronti del paziente, d'altro canto è necessario evitare che tali doveri abbiano un'ampiezza eccessiva: il principio della divisione del lavoro e i suoi innegabili vantaggi – uno su tutti, la possibilità di permettere a ciascun medico di esplicitare al massimo grado la propria autonomia operativa in favore del paziente – sarebbe di fatto vanificato.

Possiamo concordare con quella dottrina²⁷⁹ che ha evidenziato come sia necessario superare due fallaci assiomi in tema di responsabilità medica: a) alla maggiore professionalità del medico consegue necessariamente un obbligo di costante verifica e controllo dell'operato altrui; b) moltiplicando il numero dei garanti, aumenta correlativamente il livello di tutela fornito al paziente.

In verità, la stessa prassi giurisprudenziale sopra richiamata dimostra come il modello a vigilanza diffusa, che si postula esistente nella responsabilità medica, troppo spesso si traduca in una vigilanza meramente simbolica.

Da tutto ciò discende che il limite all'operatività del principio di affidamento che la giurisprudenza individua nell'obbligo del medico in posizione apicale di controllare l'operato altrui deve essere necessariamente reinterpretato alla luce dei principi generali in materia di colpa: in sintesi, il primario risponderà del fatto dell'inferiore gerarchico solo quando a monte sia individuabile una sua colpa organizzativa oppure l'errore altrui sia riconoscibile ed evitabile.

III. 4. [La posizione del capo-*équipe*]. Il problema relativo al perimetro applicativo del limite al principio di affidamento per cui non può essere invocato da chi abbia istituzionalmente obblighi cautelari di controllo sull'operato altrui si pone anche nell'ambito delle c.d. *équipes* “in senso stretto”, ovvero quelle in cui una pluralità di medici apportano i loro contributi professionali in favore del paziente in una contestualità spazio-temporale. Quindi, in linea di principio, il principio di affidamento sulla correttezza dell'operato altrui non potrebbe essere invocato dal c.d. capo-*équipe*, cioè quella figura professionale che assume una posizione

²⁷⁹ A. ROIATI, *Il medico in posizione apicale tra colpa in vigilando e responsabilità di posizione*, op. cit., p. 740, il quale evidenzia la necessità che la prassi ponga, nel giudizio di responsabilità penale del medico in posizione apicale, sulla stretta relazione fra obbligo di garanzia e potere di intervento impeditivo, e sui pilastri della responsabilità colposa: la prevedibilità ed evitabilità del comportamento scorretto altrui ed il nesso di rischio fra condotta ed evento.

funzionale di gerarchica sovraordinazione nei confronti degli altri professionisti con cui si trovi a cooperare contestualmente, allo scopo di coordinarne, verificarne ed eventualmente correggere l'operato²⁸⁰.

La giurisprudenza tende, fondamentalmente ad assimilare completamente le figure del «primario» e del *capo-équipe*, assoggettandole allo stesso rigorista orientamento interpretativo di cui abbiamo dato conto in precedenza: almeno tendenzialmente, in caso di evento infausto relativo alla salute del paziente derivante dal fatto di un medico sottoposto all'altrui controllo, la figura apicale dell'*équipe* non può invocare l'affidamento nella correttezza dell'operato altrui, dato che la propria posizione di garanzia, oltre a contemplare la correttezza delle specifiche mansioni tecnico-professionali connesse alla specifica mansione ricoperta dal *capo-équipe*, è anche estesa al controllo della condotta di tutti coloro che cooperino allo stesso caso clinico.

III. 4. 1. [Il *capo-équipe* nei casi di cooperazione monodisciplinare o multidisciplinare] Il modulo organizzativo dell'*équipe* può assumere, in concreto, due diverse fisionomie a seconda del fatto che cooperino fra loro medici di diversa specializzazione oppure medici appartenenti alla stessa branca dell'arte medica.

Nel primo caso, i vari professionisti non hanno fra loro vincoli gerarchici di alcun genere, afferendo essi a reparti o anche a nosocomi differenti. Il ruolo del *capo-équipe*, quindi, è di mero coordinamento delle attività dei vari operatori, non potendo egli sindacare nel merito, come invece può fare il «primario» a capo di una divisione ospedaliera, l'operato dei colleghi.

Nel secondo caso, invece, a parte l'ineliminabile presenza di almeno un medico di diversa specializzazione – dato che, ovviamente, ogni intervento medico-chirurgico prevede la presenza di un anestesista – l'attività medico-chirurgica viene espletata da medici appartenenti alla stessa branca dell'arte medica: ad esempio, l'intervento, oltre al predetto anestesista, vede la presenza di tre chirurghi. In tal caso

²⁸⁰ L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, *op. cit.*, pp. 105 e ss.; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 233; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico in équipe*, *op. cit.*, 228; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 102.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

bisogna distinguere a seconda che il capo-*équipe* – cioè colui che si assume la direzione dell'intervento ed il coordinamento degli apporti degli altri medici – abbia effettivamente una posizione di supremazia gerarchica rispetto agli altri operatori, rivestendo realmente la qualifica di medico in posizione apicale nel reparto cui afferiscono gli altri collaboratori; oppure i medici della stessa specializzazione hanno tutti la stessa posizione funzionale: in tal caso, di fatto, uno di essi assume la veste di capo-*équipe* per una ineliminabile esigenza di avere una figura-guida nell'ambito dell'intervento medico che coordini gli apporti altrui, oltre a disbrigare le proprie specifiche mansioni.

Dunque, possiamo individuare due situazioni-tipo: a) il capo-*équipe* sia effettivamente superiore gerarchico rispetto ai medici con cui coopera, ovviamente appartenenti allo stesso reparto e, quindi, specializzati nella stessa branca dell'arte medica; b) il capo-*équipe* sia un *primus inter pares*, di fatto incaricato, nell'ambito di una cooperazione multidisciplinare o monodisciplinare ma all'infuori di qualsiasi rapporto funzionale gerarchico (cooperazione fra medici di pari posizione funzionale o afferenti a nosocomi diversi), di svolgere un ruolo di guida dell'intervento medico e di coordinamenti degli altrui apporti.

III. 4. 2. [Distinzione o assimilazione fra le figure del c.d. “primario” e quella del capo-*équipe*] Dato che non sempre il capo-*équipe* riveste anche la qualifica funzionale di «direttore di struttura complessa», o «primario», si pone il problema interpretativo consistente nel verificare se, come sembra ritenere la giurisprudenza dominante, queste due figure siano effettivamente assimilabili e, dunque, assoggettabili alla stessa disciplina, ovvero quella derivante dai già più volte citati artt. 63, D.P.R. n. 761/1979 e 15, D. Lgs. n. 502/1992 e successive modifiche; oppure se, invece, debbano essere tenute distinte, con il conseguente problema di verificare quale sia la disciplina in concreto applicabile.

III. 4. 2. 1. [La tesi dell'assimilazione] Secondo un primo orientamento, «primario» e «capo-*équipe*» sono figure del tutto assimilabili, in quanto rivestono entrambi una posizione funzionale gerarchicamente sovraordinata rispetto agli altri

soggetti con cui si trovano a cooperare e ciò comporta che, in entrambi i casi, la loro posizione di garanzia nei confronti del paziente comporta obblighi cautelari estesi ai comportamenti altrui. Il fondamento normativo di questa opzione interpretativa risiede nello stesso art. 63, D.P.R. n. 761/1979: l'espressione «*medico in posizione apicale*» sarebbe idonea ad essere riferita non solo al medico che formalmente abbia acquisito tale qualifica, ma anche al soggetto che, di fatto, si trovi a ricoprire tale ruolo di vertice nell'ambito di un'*équipe* medico-chirurgica, a prescindere dal reale possesso della qualifica funzionale.

III. 4. 2. 2. [La tesi della distinzione] Altro orientamento interpretativo ha preso le mosse dalle perplessità che l'indirizzo precedentemente riportato ha destato. La legge – sia il menzionato art. 63, sia l'art. 15, D. Lgs. n. 502/1992 – attribuisce la qualifica di «*primario*» e di «*direttore di struttura complessa*» sulla base del possesso di qualità non solo tecnico-professionali ma anche relative alla capacità di gestione di strutture organizzative ospedaliere. Appare, quindi, forzato ritenere di poter ricondurre alla disciplina evidenziata anche il medico che, sulla base della propria esperienza o anzianità di servizio, si trovi di fatto a dirigere un *team* operatorio mono- o multidisciplinare, senza rivestire formalmente la posizione funzionale apicale²⁸¹.

²⁸¹ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 102, secondo cui l'orientamento interpretativo che assimila le figure del primario e del capo-*équipe* «non [...] convince appieno. Per accoglierla sarebbe necessario ammettere che qualsiasi medico il quale si trovi dirigere un intervento chirurgico *per ciò solo* assumerebbe la qualifica funzionale di “medico appartenente la posizione apicale”. Il che ci sembra decisamente una forzatura, essendo quello di “qualifica funzionale” un concetto giuridico-formale e non fattuale».

Conformemente, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, p. 296; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 237, secondo cui «tale interpretazione lata della nozione di “medico in posizione apicale”, per quanto non del tutto priva di plausibilità (e spesso implicitamente fatta propria dalla giurisprudenza), pare in contrasto con il disposto dell'art. 15, d.lgs. 502/92 (così come modificato nel 1999 e nel 2000)». La norma da ultimo citata contiene le nuove definizioni legislative della dirigenza sanitaria [...] incentrate su qualifiche di indole giuridico-formale articolate in relazione alla responsabilità gestionale delle singole strutture organizzative intra-ospedaliere [e] mal si attagliano al soggetto che, in virtù dell'anzianità o della maggiore esperienza, assume in concreto la direzione di un singolo intervento chirurgico. Ciò porta a dubitare che si possa accedere ad una interpretazione estensiva dell'art. 63 del D.P.R. 761/79». Se si considera tale norma non abrogata dalle successive riforme, di essa «non può essere fornita una chiave di lettura contrastante con l'art. 15 del D. Lgs. 502/92, altrimenti si dovrebbe giocoforza concludere nel senso dell'abrogazione tacita della norma pregressa ad opera di quella cronologicamente posteriore in ossequio al principio espresso dal brocardo *lex posterior derogat priori*».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Per queste ragioni si ritiene opportuno distinguere all'interno del *genus* «capo-*équipe*», colui che rivesta la posizione apicale sul piano formale da colui che invece non abbia tale qualifica.

Nel primo caso, capo-*équipe* assomma le due posizioni di coordinatore del *team* operatorio e di medico in posizione apicale del reparto: in forza di questo “cumulo di cariche” potrebbe considerarsi gravato da obblighi di controllo ed eventuale emenda nei confronti dei membri dell'*équipe* appartenenti alla propria branca di specializzazione, potendo sindacare nel merito pienamente il loro operato²⁸².

Nel secondo caso, il capo-*équipe* avrebbe semplicemente un ruolo di coordinamento con riferimento agli apporti professionali di ciascuno, non potendo però svolgere una sistematica attività di controllo sull'operato altrui²⁸³.

III. 4. 2. 3. [Tesi della relazione fra obbligo di controllo del capo-*équipe* e fase dell'intervento] Secondo altra impostazione interpretativa²⁸⁴, il dovere di controllo del capo-*équipe* varia in relazione alla fase dell'intervento chirurgico da considerare. In particolare, il controllo del capo-*équipe* dovrebbe avvenire nella fase iniziale²⁸⁵ dell'intervento chirurgico, in modo da valutare le capacità psico-fisiche dei collaboratori; poi, deve effettuarsi in sede di riparto delle mansioni fra i vari membri del gruppo operatorio; inoltre, il controllo deve essere periodicamente ripetuto, con particolare riferimento alle fasi dell'intervento particolarmente delicate, in modo che il capo-*équipe* possa intervenire nel caso in cui venga percepita una circostanza di fatto tale da infirmare l'originario affidamento sulla correttezza dell'operato altrui²⁸⁶.

²⁸² In senso parzialmente differente, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, op. cit., p. 296, il quale ritiene che in tal caso il capo-*équipe*/primario abbia senz'altro un obbligo di controllo e vigilanza rispetto a tutti gli altri membri del gruppo operatorio.

²⁸³ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 238; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 103 e ss.

²⁸⁴ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 299; G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, op. cit., p. 79.

²⁸⁵ E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 299: «una volta che il capo-*équipe* (prima dell'inizio dell'intervento chirurgico o del trattamento terapeutico) abbia *ictu oculi* constatato l'assenza di comportamenti colposi già in atto e le buone condizioni psico-fisiche di tutti i componenti l'*équipe*, egli può invero concentrarsi indisturbato sul corretto svolgimento delle proprie mansioni senza preoccuparsi di dover controllare l'operato degli altri».

²⁸⁶ G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, op. cit., p. 229.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. 4. 3. [La responsabilità del capo-*équipe* per fatto del collaboratore nella giurisprudenza di legittimità] Sul tema della responsabilità del capo-*équipe* per fatto di un collaboratore, la posizione della giurisprudenza sembra invece improntata al disinteresse verso le distinzioni sopra accennate, finendo per equiparare completamente, sia in punto di disciplina applicabile sia con riferimento al regime di responsabilità, le figure del «primario» e del «capo-*équipe*». Al capo-*équipe*, in altre parole, competerebbero i doveri di coordinamento e controllo che, su scala estesa al reparto, spettano al direttore di struttura complessa²⁸⁷. Quindi, le considerazioni in precedenza svolte con riferimento al rigore con cui la giurisprudenza guarda al fenomeno dell'esercizio gerarchizzato della professione medica possono essere estese anche al caso del capo-*équipe*. In particolare ricorre frequentemente la massima giurisprudenziale per cui il capo-*équipe* non può invocare il principio dell'affidamento in funzione limitativa della propria responsabilità penale rispetto ad un fatto derivato dall'operato altrui, avendo l'obbligo – oltre che di disimpegnare correttamente le proprie specifiche mansioni – di controllare l'operato altrui, eventualmente correggendolo in senso non lesivo.

La casistica, sul punto, è particolarmente ricca. Ricorre frequentemente nella prassi il seguente arresto: «*Il principio di affidamento non si applica nel caso in cui all'agente sia attribuita una funzione di controllo dell'operato altrui; in questo caso e gli risponde secondo le regole ordinarie delle condotte colpose del terzo da lui riconoscibili ed evitabili*»²⁸⁸.

²⁸⁷ L. GIZZI, *La responsabilità medica in équipe*, op. cit., p. 47.

²⁸⁸ Cass. Pen. Sez. IV, 16 giugno 2008, n. 24360, Rago, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIAILLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 60. In tale ipotesi, nel corso di un intervento di rinoplastica, era stata somministrata al paziente una soluzione fisiologica contenente, per errore materialmente commesso dall'assistente-ferrista che coadiuvava l'*équipe*, anche del disinfettante. Da ciò è derivato un edema e necrosi di alcuni tessuti nel volto del paziente. La S.C., confermando le pronunce di primo e secondo grado, ha ribadito l'addebito di responsabilità penale a carico del chirurgo capo-*équipe*, per non avere controllato l'operato dell'infermiere. I giudici di legittimità hanno richiamato il principio di affidamento – espressione del principio di personalità della responsabilità penale –, in forza del quale «ciascuno risponde delle conseguenze della propria condotta, commissiva ed omissiva, e nell'ambito delle proprie conoscenze e specializzazioni, non invece dell'eventuale violazione delle regole cautelari da parte di terzi», ribadendo che esso «non è di automatica applicazione quando esistono altri partecipi alla medesima attività o che agiscano nello stesso ambito di attività o nel medesimo contesto. In questi casi si pone il problema del rapporto tra la condotta dell'agente e quella del terzo ed in particolare dell'influenza della condotta colposa del terzo su quella dell'agente [...] Solo se l'agente ha la percezione (o dovrebbe averla) della violazione delle regole da parte di altri partecipi nella medesima attività (per es. un'operazione chirurgica svolta in *équipe*) – o comunque si trova in una situazione in cui diviene prevedibile l'altrui inosservanza della regola cautelare (che deve avere caratteristiche di riconoscibilità) – ha l'obbligo di attivarsi per evitare eventi dannosi». «Nel caso in esame», ha osservato la Suprema Corte, «la preparazione del composto medicinale da somministrare è certamente un atto medico di competenza del medico chirurgo; questi può delegarne a persona competente l'esecuzione materiale ma deve sempre controllare, proprio perché si

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Anche con riferimento al capo-*équipe* le ragioni della rigidità dell'orientamento giurisprudenziale che lo riguarda va ricercata nell'ampiezza con cui ne viene descritta la posizione di garanzia: in tal modo la prassi si limita, spesso, ad accertare la sussistenza di questo elemento, assorbendo di fatto l'addebito colposo nel fatto di non aver impedito l'evento lesivo che si aveva l'obbligo giuridico di impedire. Una massima può esemplificare bene questo orientamento: *«In tema di responsabilità professionale del medico, il capo dell'équipe operatoria è titolare di un'ampia posizione di garanzia nei confronti del paziente, che non si esaurisce con l'intervento ma riguarda anche la fase postoperatoria, gravando sul sanitario un obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato»*²⁸⁹.

L'estensione della posizione di garanzia del capo-*équipe* alla fase postoperatoria è stata ribadita anche da altra pronuncia della S.C. relativa al decesso di un paziente per complicazioni post-operatorie, verificatesi a seguito di un intervento chirurgico altamente specialistico. La responsabilità del capo-*équipe* è consistita nel fatto di aver eseguito l'intervento in un turno di lavoro (tardo pomeriggio) che non avrebbe assicurato che il decorso postoperatorio, non routinario, si svolgesse in un reparto con un organico tale da poter adeguatamente sorvegliare il paziente. In altre parole si è imputato al capo-*équipe* un sostanziale disinteresse per le sorti del paziente, lasciato in reparto senza previamente assicurarsi che fosse adeguatamente assistito, dopo l'operazione, da personale idoneo e

tratta di atto solo a lui riferibile, la corretta esecuzione dell'operazione; e, nella specie, non risulta che questo controllo sia stato dal chirurgo posto in essere. Ma se anche la preparazione del composto non fosse da considerare atto medico non per questo verrebbe meno la responsabilità del medico-chirurgo, perché i ricordati principi che regolano il principio di affidamento non si applicano nel caso in cui all'agente sia attribuita una funzione di controllo dell'opera altrui; in questo caso egli risponde secondo le regole ordinarie delle condotte colpose del terzo da lui riconoscibili ed evitabili [...]. Si aggiunga, a conferma dell'esistenza nel caso di specie di quest'obbligo di controllo, che i giudici di merito hanno accertato l'esistenza di una situazione di rischio di confondimento sia per la presenza di diverse sostanze nella sala operatoria sia per le caratteristiche di queste sostanze, tutte inodori e incolori (nelle sentenza impugnata non se ne fa cenno, ma da quella di primo grado risulta che i contenitori di queste sostanze erano privi di alcun contrassegno in violazione di un'elementare regola di prudenza diretta proprio ad evitare rischi di confondimento)».

Quindi, in tal caso, a detta della Corte di legittimità, non avrebbe potuto trovare applicazione rispetto al capo-*équipe* il principio di affidamento proprio in virtù del obbligo di controllo gravante su di lui. Egli risponde, quindi, della condotta altrui, in quanto riconoscibile ed evitabile.

²⁸⁹ Cass. Pen. Sez. IV, 1 giugno 2010, n. 20584, Tamborrino e altri, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 49: *«Morte per infarimento emorragico del cavo orale successiva di intervento per disarmonia dento-scheletrica dei mascellari: ritenuta immune da vizi motivazionale la decisione impugnata quanto alla conferma della responsabilità del capo-équipe, sul quale incombeva il dovere di tenere, sotto diretto controllo, il decorso postoperatorio del paziente, in presenza di un intervento comunque delicato e di vigilare affinché il personale medico paramedico del turno controllasse, in maniera compiuta, i parametri vitali della vittima».*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

presente in numero adeguato e senza fornire le necessarie indicazioni terapeutiche. La Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui «*il capo dell'équipe operatoria è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, che si estende alla fase dell'assistenza post-operatoria, che il chirurgo ha il dovere di controllare e seguire direttamente, ovvero attraverso interposta persona*»²⁹⁰.

Sembra di poter concludere, dunque, che anche con riferimento alla figura del capo-*équipe* come per la figura del primario, la giurisprudenza ha la tendenza ad essere particolarmente rigida: il fatto che egli abbia una posizione di garanzia particolarmente ampia nei confronti del paziente, implica che, in caso di verificarsi di un evento infausto, questo venga addebitato nei suoi confronti in modo pressoché oggettivo, cioè per il fatto che non sia stato impedito l'evento che si aveva l'obbligo di evitare, attraverso il controllo e l'intervento sulla condotta altrui.

Nella giurisprudenza più recente, tuttavia, non mancano pronunce che valutano la colpa del capo-*équipe* in modo meno "oggettivo" e più rispettoso dei principi generali in materia di colpa, specie con riferimento ai parametri della prevedibilità ed evitabilità dell'altrui errore. Il caso sotto posto all'esame della Suprema Corte²⁹¹ riguarda un'*équipe* chirurgica che, per imprudenza, negligenza, imperizia, ha finito con l'operare un paziente al testicolo sbagliato. L'operazione, anziché avere ad oggetto le cisti sebacee presenti in uno dei due organi, ha attinto

²⁹⁰ Cfr. la già in precedenza citata Cass. Pen. Sez. IV, 11 marzo 2005, n. 9739, Dilonardo, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 36. Analogamente, Cass. Pen. Sez. IV, 23 gennaio 1989, n. 790, Servadio: «*In tema di causalità, il chirurgo capo-équipe, una volta concluso l'atto operatorio in senso stretto, qualora si manifestino circostanze denunzianti possibili complicanze, tali da escludere l'assoluta normalità del decorso post-operatorio, non può disinteressarsene, abbandonando il paziente alle sole cure dei suoi collaboratori, ma ha obbligo di non allontanarsi dal luogo di cura, onde prevenire tali complicanze e tempestivamente avvertirle, attuare quelle cure e quegli interventi che un'attenta diagnosi consigliano e, altresì, vigilare sull'operato dei collaboratori. Ne consegue che il chirurgo predetto, il quale tale doverosa condotta non abbia tenuto, qualora, per complicanze insorte nel periodo post-operatorio e per carenze di tempestive, adeguate, producenti cure da parte dei suoi collaboratori, un paziente venga a morte, in forza della regola di cui al capoverso dell'articolo 40 del codice penale, risponde, a titolo di colpa (ed in concorso con i detti collaboratori), della morte dello stesso. (Fattispecie di paziente sottoposta a colecistectomia e venuta a morte alcune ore dopo la conclusione dell'intervento, senza che fosse avvenuto il risveglio post-operatorio, a causa di ipossia cerebrale conseguita alla insufficienza respiratoria istituitasi nella fase di tardiva decurazione, ed insufficiente assistenza respiratoria. Nonostante segni di ritardo nel risveglio, il chirurgo operante si era allontanato dalla clinica, dopo la conclusione dello intervento, disinteressandosi, benché a conoscenza, della crisi nella quale la paziente verteva e delle difficoltà nelle quali il medico anestesista si dibatteva, avendo fallito nei tentativi di rianimazione e non essendo riuscito a praticare intubazione tracheale né ad attivare altre cure e interventi idonei e producenti, tecnicamente possibili)*».

²⁹¹ Cass. Pen. Sez. IV, 31 ottobre 2008, n. 40789, Verani, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, op. cit., p. 60: «*intervento chirurgico sul testicolo sinistro, sano, anziché su quello destro cistico: il capo-équipe sosteneva di aver fatto affidamento su indicazione della regione operatoria da parte di altro componente dell'équipe*».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

l'altro organo per effetto di un'erronea diagnosi di neoplasia compiuta dal medico in posizione funzionale intermedia e comunicata al primario capo-*équipe* verbalmente solo nel momento in cui l'operazione doveva essere realizzata, col paziente già posizionato sul tavolo operatorio e già sottoposto ad anestesia. Delle lesioni derivanti dall'operazione, motivata dall'errore diagnostico del medico in posizione funzionale subordinata risponde anche il capo-*équipe*. Ciò che distingue questa pronuncia dalle altre è il fatto che non si limita ad attribuire la responsabilità al medico in posizione apicale argomentando sul fatto che «*sul capo-équipe grava un obbligo di controllo e sorveglianza dell'operato altrui*»; ma precisa che tale obbligo di controllo è tanto più doveroso «*in presenza di ragioni oggettive e/o soggettive che possono e debbono far dubitare della adeguatezza della condotta di uno dei partecipanti all'équipe medica o, comunque, della fondatezza e sostenibilità della diagnosi comunicata verbalmente in sala operatoria, con conseguente esclusione dell'operatività del principio dell'affidamento in presenza di tali ragioni*». In altre parole, la responsabilità del medico in posizione apicale non deriva – secondo la prospettiva fatta propria dalla S.C. – puramente e semplicemente dal fatto di rivestire una posizione di sovraordinazione funzionale rispetto al medico che ha agito colposamente, tale da estendere nei suoi confronti la responsabilità per il fatto occorso, non avendo correttamente esercitato i propri poteri di controllo. La responsabilità deriva, in effetti, da un autonomo addebito di colpa che è possibile muovere al capo-*équipe*, cioè non aver colto – o non aver dato sufficiente peso – i segnali da cui era possibile riconoscere l'erroneità della diagnosi del medico in posizione intermedia, o quantomeno dubitare della sua correttezza, effettuando ulteriori approfondimenti diagnostici, ancora possibili nel caso di specie. Il principio di affidamento è stato ritenuto non invocabile dal capo-*équipe*, quindi, non tanto per il suo ruolo apicale ma per versare egli stesso in colpa, non avendo percepito il percepibile ed emendabile errore del medico in posizione funzionale inferiore. Riteniamo, quindi, che tale soluzione sia maggiormente compatibile coi principi generali in materia di colpa, che impongono la verifica della prevedibilità ed evitabilità del fatto, in questo caso della colposità della condotta altrui.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. 4. 4. [Critica alla giurisprudenza in tema di responsabilità del capo-*équipe*] Concludendo, riteniamo che la riferita posizione della giurisprudenza dominante debba essere rigettata sotto diversi profili.

III. 4. 4. 1. [Infondatezza della tesi della piena assimilazione fra c.d. “primario” e capo-*équipe*] Anzitutto, non pare possa accogliersi la piena assimilazione fra «medico in posizione apicale» nel reparto e capo-*équipe*, potendo, le due figure, coincidere solo eventualmente²⁹². Nel caso in cui coincidano, allora è possibile estendere al capo-*équipe* la disciplina derivante dagli artt. 63, D.P.R. n. 761/1979 e 15, D. Lgs. n. 502/1992, in particolare con riferimento all’obbligo di controllo sull’operato altrui.

Ma nell’ipotesi in cui il capo-*équipe* non sia titolare di una posizione che lo ponga in preminenza funzionale rispetto agli altri medici del reparto, ma sia, semplicemente, colui che per anzianità, esperienza, ecc., sia posto a capo del gruppo operatorio che opererà contestualmente sullo stesso paziente, allora appare ingiustificata l’estensione nei suoi confronti della disciplina e del perimetro di responsabilità che il legislatore traccia rispetto al c.d. «primario». In tale ipotesi non sono configurabili veri e propri rapporti gerarchici fra i componenti dell’*équipe*, nemmeno fra medici competenti nella stessa branca dell’arte medica. Quindi, riteniamo che il capo-*équipe* possa svolgere, come già accennavamo, un ruolo di coordinamento e controllo generico sull’operato altrui, ma non possa applicarsi nei suoi confronti quell’orientamento giurisprudenziale per cui il principio di affidamento non può essere invocato da chi, rivestendo un ruolo di vertice nel *team* operatorio, abbia il dovere di controllare la correttezza dell’altrui operato. Ciò,

²⁹² D. GUIDI, *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 237 e ss., il quale infatti precisa che «è ben possibile che la figura capo *équipe* venga di fatto a coincidere con quella del dirigente responsabile di struttura, ma può anche darsi che ciò non si verifichi in quanto è assai improbabile che il medico in posizione apicale all’interno di un reparto ospedaliero prenda parte a tutte le operazioni chirurgiche che ivi hanno luogo. Nel caso dunque in cui il medico che assume in concreto la direzione di una *équipe* chirurgica non rivesta la qualifica di dirigente sanitario apicale si pone il problema di stabilire se il dovere di vigilanza sull’operato degli altri medici, che la legge addossa [...] al primario del reparto, si estenda anche al capo *équipe* in quanto tale. La questione è di intuitiva importanza. Altro, infatti, è la posizione di garanzia generalmente rivestita da tutti i membri dell’*équipe* nei confronti del paziente; altro è la posizione di vigilanza, indirizzo e verifica (di cui al combinato disposto degli artt. 63, d.P.R. 761/79 e 15, D. Lg. 502/92) gravante sul medico in posizione apicale, che implica un dovere di controllo sull’attività dei medici subordinati ben più pregnante di quello reciproco sussistente tra medici di pari grado».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

semplicemente per il fatto che, non potendo questa figura essere assimilata al c.d. «primario», i doveri di controllo sull'operato altrui non gli spettano istituzionalmente come invece sarebbe stato nell'ipotesi inversa.

In questo caso, quindi, il principio di affidamento potrà applicarsi al capo-*équipe*, con l'unico limite della prevedibilità ed evitabilità dell'errore altrui. Peraltro, la “profondità” del dovere di controllo sull'operato altrui potrà avere una diversa ampiezza a seconda che il cooperatore in errore sia specialista nella stessa branca della medicina di competenza del capo-*équipe* oppure sia specialista in altro settore. Nel primo caso, il controllo potrà essere più penetrante e, quindi, maggiormente esigibile nei confronti del capo-*équipe* il riconoscimento e l'emenda della condotta colposa altrui. Correlativamente, l'estensione dell'affidamento potrà considerarsi inferiore. Ma nel caso in cui l'*équipe* sia multidisciplinare – ipotesi che analizzeremo compiutamente in seguito – il ruolo del capo-*équipe* deve ritenersi limitato alla divisione dei ruoli fra i vari professionisti, con conseguente dovere di badare al corretto coordinamento fra i vari apporti, non potendo egli sindacare nel merito l'apporto specialistico altrui. Quindi egli, come ogni altro medico, dovrà conoscere e valutare l'attività dei colleghi ponendo rimedio ad eventuali errori altrui che però abbiano la caratteristica di essere «evidenti» e «non settoriali», cioè riconoscibili ed evitabili con le conoscenze tecnico-scientifiche del professionista medio.

III. 4. 4. 2. [Applicabilità del principio di affidamento anche in caso di obbligo di controllo sull'operato altrui] Anche a voler accogliere il pur criticabile orientamento giurisprudenziale riferito, volto – come detto – alla piena assimilazione fra le figure del medico in posizione apicale del reparto ed il capo dell'*équipe* chirurgica, riteniamo comunque estensibili al capo-*équipe* le considerazioni precedentemente svolte con riferimento alla figura del «*direttore di struttura complessa*».

Riteniamo che il semplice fatto di rivestire una posizione di sovraordinazione funzionale che implica la titolarità di una posizione di garanzia nei confronti del paziente che include anche obblighi cautelari rivolti verso il comportamento dei medici con cui si trovi a cooperare contestualmente non implichi per ciò solo la non invocabilità da parte sua del principio di affidamento

circa la correttezza dell'operato altrui. Anche in questi contesti, la valorizzazione dell'autonomia professionale dei medici incardinati in ogni posizione funzionale comporta un margine di libertà operativa alla quale non può non corrispondere una correlativa possibilità di fare affidamento sulla correttezza del loro operato da parte del medico in posizione apicale.

Inoltre, anche in contesti di cooperazione sincronica deve darsi rilievo alla tipologia di attività e, di riflesso, di errore medico che in concreto assume rilevanza, essendo di intuitiva evidenza che medici che per legge hanno un ampio margine di autonomia operativa possono essere lasciati relativamente liberi di operare in contesti "routinari", dovendo invece il capo-*équipe* incrementare i propri controlli in contesti più complessi sotto il profilo scientifico o anche organizzativo²⁹³. In particolare, si è recentemente sostenuto che il capo-*équipe* debba verificare che non vengano compiuti errori decisionali o di valutazione (c.d. "*mistakes*") mentre non potrebbe pretendersi, in forza dell'applicazione del principio dell'affidamento come precipitato tecnico dell'opzione per il metodo della divisione del lavoro, che egli possa verificare che non siano compiuti errori di distrazione o comunque di mera manualità (c.d. "*slips*")²⁹⁴.

In definitiva, anche per quanto concerne la figura del capo-*équipe* è possibile concludere che il giusto equilibrio fra doveri di controllo e possibilità di invocare il principio di affidamento possa rinvenirsi nella giusta valorizzazione dei parametri della prevedibilità ed evitabilità dell'errore altrui²⁹⁵: il capo-*équipe* che abbia diviso

²⁹³ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 255, secondo cui «può risultare utile distinguere tra casi delicati (o «di difficile soluzione»), ai quali egli deve prestare la massima attenzione [...]; e i casi di semplice soluzione (o di *routine*), per i quali invece si potrebbe immaginare una sorta di «espansione» del principio dell'affidamento nell'operato dei medici subordinati».

Cfr. altresì E. BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in «équipe»*, *op. cit.*, c. 167, il quale esclude la responsabilità concorsuale del chirurgo in caso di errore del collaboratore verificatosi in una situazione di assoluta normalità; mentre tale responsabilità concorsuale può ravvisarsi nel caso in cui l'errore del collaboratore fosse dal capo-*équipe* riconosciuto o riconoscibile.

²⁹⁴ A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 256.

²⁹⁵ In termini simili, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, p. 298: con riferimento all'ipotesi in cui il capo-*équipe* assume la direzione di un intervento cui è materialmente presente, l'Autore evidenzia come vi sia «il rischio di configurare una vera e propria *culpa in re ipsa*, soprattutto laddove l'astratta inapplicabilità del principio di affidamento porti a non considerare, nella complessiva valutazione della fattispecie concreta, la necessità di assolvere anche alle *proprie incombenze*. La perentorietà dell'affermazione secondo cui la posizione di controllo di per sé preclude la possibilità di invocare il legittimo affidamento, infatti, rende di certo poco pregnante il riferimento ai requisiti della riconoscibilità ed evitabilità dell'altrui condotta colposa, che inevitabilmente finiscono per essere presunti nello spettro indeterminato

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

correttamente il lavoro fra i vari operatori e non ravvisi nello specifico motivi per dubitare del corretto espletamento da parte dei propri collaboratori dei compiti loro assegnati potrà invocare in funzione nei propri confronti liberatoria da responsabilità penale il principio di affidamento²⁹⁶. Soluzione che si impone anche in considerazione del fatto che il capo-*équipe* dovrebbe svolgere una funzione di controllo dell'operato altrui in aggiunta al naturale disimpegno dei compiti tecnico-professionali a lui spettanti²⁹⁷. È chiaro, quindi, che significherebbe gravare tale figura di compiti e responsabilità eccessive – a detrimento, in definitiva, della sicurezza del paziente – imporgli un dovere di controllo dal perimetro così lato, come inteso dalla giurisprudenza maggioritaria: oltre che risolversi in una violazione dell'art. 27, comma 1 Cost. – essendo, di fatto, un'ipotesi di responsabilità oggettiva – si tratterebbe di una scelta organizzativa cautelarmente inefficace, esponendo anzi il paziente a rischi maggiori.

Alla luce dei canoni interpretativi proposti, potrebbe risolversi diversamente il caso citato *supra*²⁹⁸, relativo alla somministrazione nel paziente di

della *culpa in vigilando*. Decisivo rilievo deve quindi essere conferito all'analisi dei peculiari elementi fattuali del singolo caso, piuttosto che valutazioni di principio radicate su formule tratte da un'ampiezza tale da prestarsi agevolmente a manipolazioni interpretative».

²⁹⁶ Sembra uniformarsi a tale opzione interpretativa la recentissima Cass. Pen., Sez. IV, 18 giugno 2013, n. 43988, in <www.avvocatopenalista.org>, la quale, pur richiamando il principio giurisprudenziale per cui ogni cooperatore deve rispettare gli obblighi di diligenza riferibili alla propria specifica mansione ma anche conoscere e valutare l'altrui precedente o contestuale operato, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui siano evidenti e non settoriali, con riferimento alla posizione del capo-*équipe* ha annullato con rinvio la sentenza di condanna emessa in appello in cui non si è verificato in concreto se il comportamento colposo altrui fosse in concreto riconoscibile dal predetto capo-*équipe*. A conferma del fatto che rivestire una posizione apicale all'interno del gruppo di lavoro non implica per ciò solo la non invocabilità dell'affidamento sulla correttezza della condotta altrui, non apparentemente erronea.

²⁹⁷ Cfr. A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 253, il quale evidenzia che «se è vero che la competenza di controllare e coordinare le prestazioni dei collaboratori spetta in via autonoma al capo-*équipe*, è anche evidente che un tale obbligo generico si specifica poi in concreto relazione alla percezione (o alla possibilità di percepire) da parte del primario di errori di condotta già verificatisi, in corso o che stanno per verificarsi [...]. Con la precisazione che, ad escludere la valenza del principio di affidamento, non è l'errore che, pur riconoscibile, sia insignificante, ma solo l'errore che sia anche fonte di pericolo per il paziente».

In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Pret. Vibo Valentia, 15 marzo 1999, Garruzzo, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2000, p. 875 e in *Cass. pen.*, 1999, p. 3264: «In ipotesi di omicidio colposo per responsabilità professionale medica, il comportamento colposo altrui imprevedibile esclude la responsabilità degli altri partecipanti all'attività d'équipe, ed è imprevedibile quando non risultino elementi tali, nel caso concreto, da far venire meno il principio dell'affidamento, e cioè quando nel caso concreto non si dimostrino circostanze tali da rendere prevedibile la negligenza altrui, quale ad esempio può essere un'attività colposa già in atto, oppure un errore commesso in fase preparatoria, oppure le cattive condizioni fisiche del collega: esclusa la sussistenza di tali circostanze, la divisione delle responsabilità è dovuta alla necessità di consentire che ciascuno si concentri sul proprio lavoro facendo affidamento sulla professionalità dell'altro».

²⁹⁸ Cass. Pen. Sez. IV, 16 giugno 2008, n. 24360, Rago, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina*, *op. cit.*, p. 60.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

disinfettante anziché di soluzione fisiologica, con conseguente necrosi di tessuti del volto: la semplicità dell'incombenza dal capo-*équipe* delegata all'assistente ben poteva giustificare l'applicazione del principio di affidamento, a meno che in concreto non fossero riconoscibili segnali di rischio come ad esempio la confondibilità dei flaconi contenenti le diverse sostanze²⁹⁹.

IV. [La responsabilità dei medici in posizione funzionale subordinata]. Dopo avere analizzato la responsabilità del medico in posizione apicale, il discorso sul riparto delle responsabilità nei rapporti medici strutturati secondo il modello della divisione del lavoro in senso verticale deve essere completato col riferimento alla responsabilità dei medici in posizione funzionale subalterna³⁰⁰.

In astratto, due sono le situazioni prospettabili: a) la responsabilità del medico in posizione funzionale inferiore per fatto da lui materialmente commesso in attuazione di direttive o istruzioni erronee impartite dal medico in posizione apicale, a cui egli abbia prestato acquiescenza; b) il caso in cui il fatto sia compiuto dal

²⁹⁹ Analogamente, A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, op. cit., p. 299, il quale evidenzia che «il rivestimento di una posizione apicale accentua sì l'obbligo di vigilanza sull'operato dei collaboratori, ma non può spingersi al punto di configurare un obbligo di controllo costante ed ininterrotto sull'altrui condotta, dovendo essere inteso piuttosto come dovere generico di supervisione e coordinamento delle attività poste in essere dai compartecipi, fermo restando l'obbligo di attivarsi direttamente per prevenire o porre rimedio ad eventuali e percepibili condotte colpose altrui». Nello stesso senso, D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 240; A. MASSARO, *Il principio di affidamento e obbligo di vigilanza sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., p. 3867.

³⁰⁰ L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 854 e ss.; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 231 e ss.; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 228 e ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., pp. 127 e ss.; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, op. cit., pp. 347 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., pp. 617 e ss.; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 36 e ss.; V. FINESCHI-P. FRATI-C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica*, op. cit., pp. 261 e ss.; M. RIVERDITI, *Responsabilità dell'assistente medico per gli errori terapeutici del primario: la mancata manifestazione del dissenso dà (sempre) luogo ad un'ipotesi di responsabilità per "mancato impedimento dell'evento"?*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 157; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, op. cit., pp. 51 e ss., secondo cui il severo orientamento giurisprudenziale commentato «è stato talora smentito da pronunce coraggiose della giurisprudenza di merito, dove il rapporto tra membri dell'équipe non è più inteso come una relazione tra "affidante" e "affidatario", bensì come l'interazione tra persone dotate di valide competenze e professionalità (in piena coerenza col più autentico spirito del *Vertrauensgrundsatz*). Secondo questa diversa impostazione, in atto del tutto minoritaria, l'operatività del principio di affidamento non sarebbe intaccata dal fatto che il primario abbia il coordinamento e di controllo dell'altrui operato, ben dovendo anche in tale ambito ciascuno dei sanitari poter contare sulle capacità altrui, tranne che nei casi in cui l'evento lesivo sia concretamente prevedibile. Ne consegue che il comportamento colposo altrui *imprevedibile* escluderebbe la responsabilità penale degli altri componenti dell'équipe».

medico in posizione apicale con la collaborazione del medico in posizione funzionale inferiore.

Giova premettere come la giurisprudenza sia, sul punto, particolarmente rigida, anzitutto non operando alcuna delle distinzioni cennate; ed inoltre, riconoscendo in modo pressoché automatico casi di cooperazione colposa in simili ipotesi: nel caso *sub a)* per non avere il medico in posizione funzionale inferiore rilevato l'erroneità degli ordini diagnostico-terapeutici ricevuti; nel caso *sub b)* per non aver colto l'inosservanza cautelare del medico in posizione funzionale superiore, ponendo rimedio all'errore nell'interesse del paziente.

In sostanza, la giurisprudenza sembra postulare una sorta di obbligo di «controllo incrociato» fra i vari medici in differente posizione funzionale, supponendo, dunque, che anche il medico funzionalmente inferiore possa sindacare nel merito l'operato dei medici più esperti e porre rimedio ad eventuali *defaillances* professionali.

IV. 1. [Quadro normativo di riferimento] Ancora una volta, similmente al procedimento logico seguito nell'analizzare la figura del medico in posizione apicale, riteniamo doveroso richiamare i dati normativi applicabili alle figure mediche subalterne³⁰¹. Ci dovremo riferire agli artt. 63 D.P.R. n. 761/1979 e 15, D. Lgs. n. 502/1992 e successive modifiche.

In particolare, l'art. 63, D.P.R. n. 761/1979 dedica a tali figure professionali i commi 3 e 4: *«Il medico appartenente alla posizione iniziale svolge funzioni medico-chirurgiche di supporto e funzioni di studio, di didattica e di ricerca, nonché attività finalizzate alla sua formazione, all'interno dell'area dei servizi alla quale è assegnato, secondo le direttive dei medici appartenenti alle posizioni funzionali superiori. Ha la responsabilità per le attività professionali a lui direttamente affidate e per le istruzioni e direttive impartite nonché per i risultati conseguiti. La sua attività è soggetta a controllo e gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute.*

Il medico appartenente alla posizione intermedia svolge funzioni autonome nell'area dei servizi a lui affidata, relativamente ad attività e prestazioni medico-chirurgiche, nonché ad attività

³⁰¹ M. L. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, op. cit., pp. 139 e ss.; L. FORNARI, *La posizione di garanzia del medico*, op. cit., pp. 852 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

di studio, di didattica, di ricerca e di partecipazione dipartimentale, anche sotto il profilo della diagnosi e cura, nel rispetto delle necessità del lavoro di gruppo e sulla base delle direttive ricevute dal medico appartenente alla posizione apicale».

L'art. 15, D. Lgs. n. 502/1992, invece, dopo aver richiamato, al terzo comma, il principio per cui «L'attività dei dirigenti sanitari è caratterizzata, nello svolgimento delle proprie mansioni e funzioni, dall'autonomia tecnico-professionale i cui ambiti di esercizio, attraverso obiettivi momenti di valutazione e verifica, sono progressivamente ampliati»; autonomia «con le connesse responsabilità [da esercitarsi] nel rispetto della collaborazione multiprofessionale, nell'ambito di indirizzi operativi e programmi di attività promossi, valutati e verificati a livello dipartimentale ed aziendale, finalizzati all'efficace utilizzo delle risorse e all'erogazione di prestazioni appropriate e di qualità», dedica il comma 4 ai dirigenti sanitari «all'atto della prima assunzione» e con cinque anni di anzianità di servizio valutati positivamente. Nel primo caso, «al dirigente sanitario sono affidati compiti professionali con precisi ambiti di autonomia da esercitare nel rispetto degli indirizzi del dirigente responsabile della struttura e sono attribuite funzioni di collaborazione e corresponsabilità nella gestione delle attività. A tali fini il dirigente responsabile della struttura predispone e assegna al dirigente un programma di attività finalizzato al raggiungimento degli obiettivi prefissati ed al perfezionamento delle competenze tecnico professionali e gestionali riferite alla struttura di appartenenza». Mentre al dirigente sanitario con cinque anni di anzianità di servizio, la disposizione stabilisce che «sono attribuite funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e di controllo, nonché possono essere attribuiti incarichi di direzione di strutture semplici».

Ad una prima analisi, appare evidente come il quadro normativo delineato determini una valorizzazione della autonomia professionale, riconosciuta ad ogni profilo funzionale di cui si compone l'unico ruolo della dirigenza sanitaria. Tale autonomia tecnico-professionale nei suoi ambiti di esercizio, presenta un perimetro dimensionale progressivamente crescente, e tali incrementi richiedono il positivo superamento di obiettivi momenti di valutazione, con riferimento alla avvenuta acquisizione da parte del medico sottoposto a valutazione di quelle maggiori competenze teoriche ed empiriche che gli permettono di acquisire una autonomia

sempre maggiore anche con riferimento a mansioni progressivamente più complesse, fino alla direzione di strutture semplici o di strutture complesse.

Con riferimento, poi, agli specifici aspetti che vanno a comporre il ruolo dei medici in posizione subalterna, le due disposizioni in analisi mostrano una certa consonanza contenutistica con riferimento alla figura del dirigente sanitario appena assunto (dunque, secondo la terminologia del 1979, il medico «in posizione iniziale»): in entrambi i testi normativi si evidenzia il fatto che a questa figura professionale possano essere affidati incarichi professionali specifici, in relazione ai quali assume una piena responsabilità, correlativamente al ruolo di autonomia professionale di cui gode. Entrambe le disposizioni, peraltro, concordano sul fatto che l'autonomia di tale professionista sia limitata: precisamente, l'art. 63, D.P.R. n. 761/1979, più preciso e dettagliato sul punto, stabilisce, come detto, che l'assistente *«Ha la responsabilità per le attività professionali a lui direttamente affidate e per le istruzioni e direttive impartite nonché per i risultati conseguiti. La sua attività è soggetta a controllo e gode di autonomia vincolata alle direttive ricevute».*

Anche il medico in posizione funzionale intermedia gode di una posizione funzionale simile. La sua autonomia professionale ha un ambito maggiormente esteso, essendo affidatario di una *«area di servizi»* (ex art. 63, D.P.R. n. 761/1979), oppure di incarichi professionali *«di alta specializzazione»* oppure della *«direzione di strutture semplici»*. Tuttavia, anche in tal caso l'autonomia professionale incontra delle limitazioni, in quanto devono essere rispettate le *«necessità del lavoro di gruppo»* e inoltre il lavoro deve essere conforme alle *«direttive ricevute dal medico appartenente alla posizione apicale»*. In verità, il D. Lgs. n. 502/1992 sul punto sembra distaccarsi dal dettato normativo del D.P.R. 761/1979, non riferendosi esplicitamente al fatto che il dirigente sanitario di struttura semplice debba soggiacere al potere direttivo del direttore di struttura complessa. Tuttavia, deve ritenersi che le due disposizioni debbano essere interpretate necessariamente in modo armonico, non avendo la più recente abrogato l'antecedente – come ritenuto dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria – e dovendo, dunque, entrambe le norme integrarsi reciprocamente.

Il quadro normativo applicabile al tema in analisi deve essere completato col riferimento a quel potere del medico in posizione apicale di cui abbiamo fatto

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

solo brevi cenni in precedenza. Abbiamo già diffusamente analizzato il poterdovere di divisione del lavoro all'interno del reparto che grava su questa figura professionale e viene espletato attraverso l'assegnazione dei pazienti a sé o agli altri medici incardinati nella struttura. Dovremmo ora analizzare diffusamente il potere di avocazione del caso clinico alla diretta responsabilità del medico in posizione apicale, nel caso in cui emerga un dissenso – con riferimento al percorso diagnostico-terapeutico da seguire – fra questi e i medici subalterni con cui collabora.

Dunque, con riferimento ai medici in posizione funzionale subalterna, si pone il problema di analizzare, nei loro riflessi penalistici, le posizioni di «autonomia vincolata» e «autonomia» “limitata” con cui il legislatore descrive l'ambito operativo, rispettivamente, del medico in posizione iniziale e del medico in posizione intermedia³⁰².

Dato che in entrambi i casi il limite all'autonomia professionale è rappresentato, nel caso del medico in posizione iniziale, dalle direttive e istruzioni del medico in posizione apicale, mentre, nel caso del medico in posizione intermedia, dalle sole direttive, sembra evidente che la piena comprensione delle espressioni poc'anzi debba necessariamente presupporre la soluzione del correlato tema del livello di vincolatività di tali direttive e istruzioni. Il che si traduce nel fondamentale quesito: il rapporto fra medici di diversa posizione funzionale presenta una gerarchizzazione rigida o flessibile? Precisando che intendiamo col termine “rigido” un modello gerarchico in cui gli “ordini” emanati dal superiore vincolano *in toto* il destinatario funzionalmente subalterno, elidendone l'autonomia professionale; col termine “flessibile” un sistema, pur gerarchico, in cui la vincolatività dell'ordine impartito dal medico sovraordinato lascia tuttavia margini di autonomia operativa al medico subalterno, potendo egli spingersi fino a dissentire da tali istruzioni, fino a disattendere nel caso in cui ritenga che possano comportare un rischio di lesione per la salute del paziente.

³⁰² V. FINESCHI-P. FRATI-C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica*, op. cit., pp. 261 e ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, op. cit., p. 52.

Preliminarmente, prima di addentrarci nella tematica sopra sinteticamente tratteggiata, occorre precisare che il rapporto fra sanitari operanti nella stessa struttura sanitaria pubblica è un rapporto di diritto pubblico. Ciò è desumibile da diversi fattori. Anzitutto la lettera del D.P.R. 761/1979 è chiara nel riferirsi costantemente a soggetti incardinati in strutture pubbliche. Sono, infatti, numerosi gli articoli di questa legge che estendono ai sanitari le norme relative ai dipendenti civili dello Stato³⁰³. È, inoltre, probante anche il fatto che l'attività di questi soggetti sia regolamentata da uno specifico D.P.R., oltre che dal D. Lgs. n. 502/1992: testi normativi che definiscono i tratti essenziali del rapporto fra medici di diversa posizione funzionale. Infine, il rapporto fra tali figure professionali presenta dei tratti di gerarchia pubblicistica denotati dal potere del medico in posizione apicale di emanare direttive vincolanti e di esercitare un potere di controllo sulla loro concreta attuazione, fino all'estremo dell'esercizio del potere di avocazione; e dalla correlativa autonomia delle posizioni funzionali inferiori, limitata però dai predetti poteri del vertice funzionale³⁰⁴.

IV. 2. [Autonomia limitata o vincolata dei medici in posizione funzionale subordinata; il potere di avocazione del medico in posizione apicale]

³⁰³ A titolo meramente esemplificativo, cfr. art. 10, comma 1: «Per l'ammissione agli impieghi si applicano, salvo quanto previsto dal presente decreto, le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, e successive integrazioni e modificazioni»; art. 27, comma 1: «Salvo quanto previsto dal presente decreto, in materia di doveri, incompatibilità e cumulo di impieghi, ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, e successive integrazioni e modificazioni»; art. 28, comma 1: «In materia di responsabilità, ai dipendenti delle unità sanitarie locali si applicano le norme vigenti per i dipendenti civili dello Stato di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, e successive integrazioni e modificazioni».

³⁰⁴ In particolare, C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, op. cit., p. 6, affermano che «ogni medico regolarmente iscritto all'Albo è – per ciò solo – ed in qualunque atto professionale posto in essere, soggetto esercente un servizio di pubblica necessità, previsto dall'art. 359 c.p.». Per gli Autori «la ratio della norma», l'art. 359 c.p., «è chiara: a tutela degli interessi sottostanti l'esercizio di particolari attività, specificamente indicate dalla legge, le stesse potranno essere svolte esclusivamente da soggetti abilitati, ai quali i cittadini sono tenuti a rivolgersi in via esclusiva. Tale qualifica inerisce sia ai medici liberi professionisti che ai medici dipendenti da enti pubblici, ogni qual volta questi ultimi agiscano al di fuori del rapporto di pubblico impiego». Secondo C. DODERO, *Colpa e cooperazione colposa nell'esercizio della professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1174 la pubblicità del rapporto si manifesta «nel potere di dare unità di indirizzo ad una serie di uffici mediante istruzioni e ordini e nel potere di sorveglianza che spetta al superiore su tutta l'attività esercitata dal subordinato nell'adempimento dei suoi doveri d'ufficio» e nel fatto che «l'eventuale disobbedienza da parte dell'inferiore» sia «giuridicamente sanzionata, anche solo in via disciplinare». Cfr., altresì, F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 37.

IV. 2. 1. [Vincolatività delle direttive del medico in posizione apicale: applicabile l'art. 51 c.p.?] Chiarito, dunque, che il rapporto fra medici di diversa posizione funzionale si inquadra nell'ambito del diritto pubblico, possiamo ora chiederci se sia applicabile al tema che ci occupa – ovvero, il grado di vincolatività delle direttive e istruzioni dei vertici funzionali del reparto ospedaliero pubblico rispetto agli altri medici incardinati nella struttura – l'art. 51 c.p, cioè la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere.³⁰⁵ Il problema consiste infatti nello stabilire se l'ordine del superiore sia insindacabile dai medici subalterni – con conseguente applicabilità dell'art. 51, comma 4 c.p.³⁰⁶ –, oppure se debba essere considerato non vincolante, con conseguente dovere del subordinato di manifestare il proprio dissenso relativamente alle opzioni diagnostico-terapeutiche operate dal medico sovraordinato.

L'applicabilità dell'art. 51 c.p. pone il problema preliminare della legittimità dell'ordine emanato dal superiore gerarchico. La legittimità può inerire ad aspetti formali e ad aspetti sostanziali³⁰⁷.

Sul piano formale, l'ordine può considerarsi legittimo quando sia stato emanato da soggetto competente ad emanarlo e siano rispettate le formalità eventualmente prescritte dalla legge allo scopo. Nell'ambito delle *équipes* di reparto e delle *équipes* in senso stretto il problema della legittimità formale dell'ordine del

³⁰⁵ Art. 51 c.p.: 1. «L'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità». 2. «Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, dal reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine». 3. «Risponde del reato altresì chi esegue l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo». 4. «Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

Cfr. M. CERASE, *Art. 51 c.p.*, in G. LATTANZI-E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. II, Artt. 39-58 bis*, Milano, 2010, pp. 871 e ss.; G. BETTIOL, *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, 1934; G. DELITALA, voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, pp. 567 e ss.; S. VINCIGUERRA, *Profili sistematici dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica*, Milano, 1971; A. REGINA, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989; D. PULITANÒ, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990, pp. 320 e ss.; T. PADOVANI, *Osservazioni sulla rilevanza penale dell'ordine "privato"*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1977, p. 464; A. SANTORO, *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957; F. VIGANÒ, *Art. 51 c.p.*, in E. DOLCINI-G. MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2006, pp. 557 e ss.; B. PELLEGRINO, *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1978, pp. 150 e ss.

Nella manualistica, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, pp. 242 e ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, pp. 246 e ss.; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale, op. cit.*, pp. 543 e ss.;

³⁰⁶ Art. 51, comma 4 c.p.: «Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine».

³⁰⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 244.

superiore gerarchico di fatto non si pone, giacché non si dubita della sua competenza ad emanarlo e non sono richieste dalle leggi di settore formalità particolari³⁰⁸.

I problemi si pongono, invece, con riferimento alla legittimità sostanziale³⁰⁹ delle direttive e istruzioni, dato che la legge non ne predetermina il contenuto, lasciandolo alla discrezionalità del medico in attuazione della propria autonomia professionale.

L'art. 51, comma 4 c.p., com'è noto, fa riferimento espresso all'ipotesi in cui sia emanato un ordine illegittimo di cui sia precluso il sindacato di legittimità da parte del destinatario: in tal caso, adempiervi non espone a responsabilità penale l'esecutore ma solo chi lo abbia impartito. Secondo l'interpretazione più accreditata, tale causa di giustificazione troverebbe applicazione solo in casi in cui fra superiore ed inferiore intercorra un rapporto gerarchico particolarmente rigido, di carattere militare o equiparabile³¹⁰.

In ambito medico, i vincoli gerarchici che legano fra loro i vari operatori – similmente alla generalità dei pubblici impiegati³¹¹ – non sono tanto rigidi da non permetterne il sindacato sostanziale³¹². Di conseguenza, non pare applicabile l'art.

³⁰⁸ In termini, A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 239.

³⁰⁹ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 244: la legittimità sostanziale dell'ordine consiste nella «esistenza dei presupposti stabiliti dalla legge per la sua emanazione».

³¹⁰ Tuttavia, unanimemente, dottrina e giurisprudenza ritengono che anche militari ed equiparati debbano rifiutare l'esecuzione dell'ordine manifestamente criminoso. La esecuzione dell'ordine immediata, senza sindacato dello stesso, si fonda, infatti, su una presunzione di legittimità dello stesso, che viene meno, evidentemente, nel caso in cui la sua criminalità sia manifesta. Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 251; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., pp. 245 e ss.

³¹¹ Cfr. art. 17, D.P.R. 3/1957: 1. «L'impiegato, al quale, dal proprio superiore, venga impartito un ordine che egli ritenga palesemente illegittimo, deve farne rimostranza allo stesso superiore, dichiarandone le ragioni». 2. «Se l'ordine è rinnovato per iscritto, l'impiegato ha il dovere di darvi esecuzione». 3. «L'impiegato non deve comunque eseguire l'ordine del superiore quando l'atto sia vietato dalla legge penale».

³¹² Già da tempo la giurisprudenza della Corte di Cassazione ritiene che «il rapporto di subordinazione tra sanitari non è mai tanto vincolante da esonerare il sottoposto da responsabilità per colpa quando egli si sia uniformato alle disposizioni del superiore che concretamente condotta colposa». Cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 17 giugno 1959, Niosi e altro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1173. Il caso presenta spiccato interesse in quanto si riferisce ad un'ipotesi in cui il primario esprima causalmente un parere in un reparto diverso da quello che dirige. La S.C. ha stabilito – oltre al principio sopra riportato – che, nonostante l'insussistenza di un rapporto di subordinazione fra i due medici, i pareri e consigli che il superiore gerarchico dà al subalterno sono vere e proprie direttive e istruzioni: «il peso dell'autorità, anzianità e maggiore esperienza di chi li esprime, attribuirebbe inevitabilmente a quei pareri ed a quei consigli natura ed effetto di partecipazione per determinazione nell'azione od omissione del sanitario che, indottovi dall'inevitabile senso di soggezione verso il collega più anziano ed autorevole, si uniformasse ad essi». In senso critico, F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 54 e ss: dopo aver premesso che la vincolatività per l'inferiore gerarchico delle istruzioni e delle direttive provenienti dal superiore trova

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

51, comma 4 c.p. alle ipotesi in cui il medico in posizione apicale emani direttive o istruzioni colposamente erronee: il subordinato potrebbe sempre sindacarne la correttezza, sia sul piano formale che sul piano sostanziale, e conserva il proprio diritto-dovere di rifiutare l'esecuzione di un ordine che comporti la commissione di un reato³¹³.

IV. 2. 2. [Sindacabilità delle direttive del medico in posizione apicale nella giurisprudenza] Questa soluzione è confermata dalla giurisprudenza costante della Corte di Cassazione, in cui ricorre di frequente tale massima giurisprudenziale: *«Dal tenore delle disposizioni dei commi terzo, quinto e sesto dell'art. 63 D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 relativo allo stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali, deriva che la posizione dell'assistente ospedaliero non è affatto quella di un mero esecutore di ordini; in particolare, laddove primario e assistente condividono le scelte terapeutiche effettuate, entrambi ne assumono la responsabilità, mentre nel caso in cui l'assistente (o l'aiuto) non condivide le scelte terapeutiche del primario, che non ha esercitato il potere di avocazione previsto dal comma sesto cit., è tenuto a segnalare quanto rientra nelle sue conoscenze, esprimendo il proprio dissenso; diversamente potrà essere ritenuto responsabile dell'esito negativo del trattamento terapeutico, non avendo compiuto quanto in suo potere per impedire l'evento»*³¹⁴.

fondamento nella necessità di consentire a quest'ultimo di esercitare la propria funzione di indirizzo e direzione della struttura affidatagli, gli Autori sottolineano che «nei casi in cui non sussista, per il primario, il dovere di svolgere l'attività direttiva sua propria, cioè al di fuori del suo reparto, in tali casi viene meno il presupposto stesso del potere, conferitogli dalla legge, di dettare indicazioni vincolanti per i subordinati. Conseguenzialmente, il parere medico espresso da un primario al di fuori del suo reparto non può che essere privo di qualsiasi valore giuridico specifico: il fruitore di un tale parere, qualunque sia la sua posizione funzionale, resta libero di uniformarvisi o di non farlo e, comunque agisca, deve rimanere unico responsabile della propria azione».

³¹³ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 39.

³¹⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 18 gennaio 2000, n. 556, Zanda e altro, in C.E.D. Cass., n. 215443, e in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, pp. 1634 e ss., con nota di A. Vallini, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*. In termini, Cass. Pen. Sez. IV, 28 giugno 1996, n. 7363, Cortellaro, in C.E.D. Cass., n. 205829, e in *Cass. pen.*, 1997, p. 3034: *«L'assistente ospedaliero collabora con il primario e con gli aiuti nei loro compiti, deve seguire le direttive organizzative dei superiori, ha la responsabilità degli ammalati a lui affidati e provvede direttamente nei casi di urgenza. Egli, nella qualità di collaboratore del primario e degli aiuti, non è tenuto, nella cura dei malati, ad un pedissequo ed acritico atteggiamento di sudditanza verso gli altri sanitari perché, qualora ravvisi elementi di sospetto percepiti o percepibili con la necessaria diligenza e perizia, ha il dovere di segnalarli e di esprimere il proprio dissenso e, solo a fronte di tale condotta, potrà rimanere esente da responsabilità se il superiore gerarchico non ritenga di condividere il suo atteggiamento»*. Cass. Pen. Sez. IV, 17 novembre 1999, Iacolino e altro, in F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 38: *«La normativa in esame non configura affatto la posizione dell'assistente come quella di un mero esecutore di ordini. Questa conclusione la si trae chiaramente dalla prima norma richiamata [art. 63, comma 3, D.P.R. n. 761/1979] – nella parte in cui fa riferimento alla responsabilità per le attività professionali a lui direttamente affidate – e, in negativo, dalla seconda e terza [art. 63, cit., commi 5 e 6] laddove per un verso prevede che il primario debba*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Il caso che ha originato l'arresto giurisprudenziale riguarda un omicidio colposo a seguito di incidente stradale, in conseguenza del quale una donna riportava una grave sepsi nella fossa ischio-rettale e nella regione pelvica. Ricoverata in una struttura ospedaliera, nel reparto di traumatologia e ortopedia, veniva affidata alle cure di un medico in posizione funzionale iniziale, vincolato a seguire le direttive e istruzioni che il primario gli aveva impartito con riferimento sia alla diagnosi che alle terapie da effettuare. Il decesso della paziente si è verificato a causa di una patologia settica non diagnosticata.

Con riferimento alla posizione del medico assistente, giova evidenziare che, in giudizio, ha sostenuto di non poter discostarsi, in ragione del proprio ruolo funzionale subalterno, dalle indicazioni diagnostico-terapeutiche impartite dal primario. Ma si è accertato che le regole cautelari ritenute violate rientravano nella competenza di un medico generico: erano, cioè, appartenenti al patrimonio professionale di qualsiasi sanitario; inoltre, alcune delle terapie omesse erano di semplice effettuazione e potevano essere autonomamente disposte dall'assistente: egli avrebbe potuto integrare le direttive impartite dal primario, in ottemperanza alla propria posizione di garanzia nei confronti del paziente. In ragione di ciò, la S.C. ha affermato la penale responsabilità sia del primario che dell'assistente, in quanto quest'ultimo avrebbe dovuto disattendere le direttive del primario, erronee in relazione al quadro clinico manifestato dalla paziente; oppure, avrebbe dovuto

rispettare l'autonomia professionale operativa del personale dell'unità assegnatagli; per altro verso consente al primario di avocare il caso alla sua diretta responsabilità (evidentemente sottraendolo alla responsabilità del medico appartenente ad una posizione inferiore). Quando la norma in esame parla di "autonomia vincolata alle direttive ricevute" non intende quindi riferirsi ad una subordinazione gerarchica che non consente scelte diverse [...], ma ad una autonomia limitata dalla possibilità, prevista per il medico in posizione superiore, di imporre le proprie scelte terapeutiche quando esse contrastino con quelle del medico cui è assegnato il caso. Se dunque primario e assistente condividono le scelte terapeutiche entrambi ne assumono la responsabilità [...]. Il problema si presenta di meno agevole soluzione nel caso in cui l'assistente (o l'aiuto) non condivida le scelte terapeutiche del primario che non eserciti il suo potere di avocazione. In questo caso il medico in posizione inferiore che ritenga che il trattamento terapeutico disposto dal superiore comporti un rischio per il paziente è tenuto a segnalare quanto rientra nella sua conoscenza, esprimendo il proprio dissenso con le scelte dei medici in posizione superiore [...]; diversamente egli potrà essere ritenuto responsabile dell'esito negativo del trattamento terapeutico non avendo compiuto quanto in suo potere per impedire l'evento».

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

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

svolgere ulteriori esami diagnostici in modo da verificare la perdurante validità delle istruzioni ricevute.

La Corte di Cassazione ha posto alla base del proprio giudizio il dettato dell'art. 63 del D.P.R. n. 761/1979: anche tale pronuncia conferma l'indirizzo generale per cui «*la normativa in esame non configura affatto la posizione dell'assistente come quella di un mero esecutore di ordini*». Infatti il c.d. assistente è responsabile relativamente all'esito dei casi clinici che gli vengono espressamente affidati dal medico in posizione apicale; e, d'altro canto, il medico in posizione apicale, nel ripartire il lavoro all'interno del reparto e nello svolgere il proprio potere di direttiva, deve rispettare l'autonomia professionale dei medici in posizione funzionale inferiore, a meno che non decida di avocare a sé il caso precedentemente affidato ad un proprio collaboratore.

Come abbiamo in precedenza evidenziato, la giurisprudenza considera le direttive e le istruzioni emanate dal medico superiore gerarchico come sindacabili dal medico in posizione gerarchica subordinata, non essendo la fattispecie in questione riconducibile nell'ambito applicativo dell'art. 51 c.p.. In forza della propria autonomia professionale legislativamente delineata, il medico subordinato ha il preciso dovere di manifestare al superiore il proprio dissenso, allo scopo – primario – di provocare una sorta di “revisione critica” delle proprie decisioni da parte del superiore gerarchico, ed allo scopo – secondario – di andare esente da responsabilità nel caso in cui questi confermi le proprie decisioni e dalla loro attuazione derivi un evento infausto. Il medico in posizione subalterna è, infatti, pur sempre garante della salute del paziente ed è quindi tenuto a fare quanto in suo potere per evitare eventi lesivi di questo bene giuridico; fra i doveri cautelari che compongono la sua posizione di garanzia vi è senz'altro il dovere, qualora percepita, di segnalare l'erroneità della direttiva ricevuta dal primario o della linea diagnostico-terapeutica da questo personalmente seguita³¹⁵.

³¹⁵ La dottrina parla, a tale proposito, della sussistenza di un vero e proprio dovere di controllo incrociato nei rapporti gerarchizzati fra medici in diversa posizione funzionale; cfr., in senso critico, L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, op. cit., p. 54.

Nella giurisprudenza di legittimità, da ultimo Cass. Pen. Sez. IV, 19 aprile 2013, n. 26966, Benincasa, in cui si ribadisce l'obbligo del medico in posizione funzionale inferiore di manifestare il proprio eventuale dissenso rispetto alle scelte diagnostiche terapeutiche operate dal medico in posizione sovraordinata: «*il medico che insieme*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

IV. 2. 3. [Conseguenze penali della condivisione della direttiva erronea impartita dal medico in posizione apicale] Rimangono da analizzare le possibili conseguenze della manifestazione di dissenso da parte dell'inferiore gerarchico.

L'art. 63 parla espressamente, con riferimento all'assistente, di «*autonomia vincolata alle direttive ricevute*»³¹⁶: secondo la pronuncia in analisi e conformemente a prassi consolidata, con questa espressione il legislatore non ha voluto riferirsi ad un rapporto gerarchico tanto stretto da non lasciare spazio ad alcun confronto dialettico fra medici in diversa posizione funzionale, ma si riferisce ad una situazione peculiare, per cui l'autonomia operativa del medico affidatario di un determinato caso clinico può essere affievolita dalla decisione del medico gerarchicamente superiore di imporre, in caso di dissenso, le proprie scelte diagnostico-terapeutiche.

Le situazioni prospettabili a seguito di manifestazione di dissenso da parte del medico subordinato, quindi, sono fondamentalmente due.

IV. 2. 3. 1. [Il medico in posizione apicale muta approccio diagnostico-terapeutico, nuova condivisione] Anzitutto, il medico in posizione apicale può accogliere i suggerimenti o le critiche mosse alla correttezza del proprio operato e modificare di conseguenza la propria linea di condotta. In tale ipotesi si ripristina la condivisione delle scelte terapeutiche, in quanto l'emersa divergenza viene dal medico in posizione apicale appianata con l'accoglimento delle proposte dei propri collaboratori. Finché primario ed assistente condividono il *modus operandi* da realizzare in concreto, la giurisprudenza costante chiarisce che «*entrambi ne assumono la responsabilità*» e, di conseguenza, in caso di esito infausto, entrambi possono essere chiamati a risponderne. In buona sostanza, finché c'è condivisione delle scelte

al direttore del reparto compie attività sanitaria non può pretendere di essere sollevato da responsabilità ove ometta di differenziare la propria posizione, rendendo palesi i motivi che lo inducono a dissentire dalla decisione eventualmente presa dal direttore. Infatti, tenuto conto degli interessi primari da salvaguardare e delle qualificate e specifiche competenze professionali dei protagonisti, non può affatto ritenersi che il medico, chiamato allo svolgimento di funzioni sanitarie, possa venir meno al dovere primario di assicurare, sulla base della miglior scienza di settore, le migliori cure ed attenzioni al paziente, in base ad un male interpretato dovere di subordinazione gerarchica».

³¹⁶ V. FINESCHI-P. FRATI-C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica*, op. cit., p. 266; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., p. 617 e ss.;

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

diagnostico-terapeutiche – o meglio, finché non emerga esplicitamente un dissenso del medico subordinato rispetto alle scelte del superiore – vi è corresponsabilità.

IV. 2. 3. 2. [Il medico in posizione apicale conferma le proprie scelte: avocazione del caso alla sua diretta responsabilità] Nel caso, invece, in cui il medico in posizione apicale non ritenga di dover accogliere le critiche mosse alla linea diagnostico-terapeutica che egli ha deciso di intraprendere, ritenendola corretta, l'art. 63, comma 6, D.P.R. n. 761/1979 impone al primario di avocare il caso alla sua diretta responsabilità³¹⁷; la disposizione da ultimo menzionata stabilisce, infatti, che «[...] per quanto concerne le attività in ambiente ospedaliero, assegna a sé e agli altri medici i pazienti ricoverati e può avocare casi alla sua diretta responsabilità, fermo restando l'obbligo di collaborazione da parte del personale appartenente alle altre posizioni funzionali».

Questa norma stabilisce che l'unico modo che il medico in posizione apicale ha – nell'ipotesi in cui egli ritenga di dover confermare le proprie scelte operative – per ottenere la collaborazione del primo è l'esercizio dell'avocazione. Il caso clinico rientrerebbe così nell'esclusiva responsabilità del medico in posizione apicale ed il subalterno avrebbe comunque un obbligo di collaborazione.

Quanto detto deve essere messo in correlazione con quanto affermato in precedenza con riferimento al potere di direttiva e istruzione del primario. Egli esercitando questo potere dirige e coordina le attività che vengono svolte nel proprio reparto. L'autonomia professionale dei medici subordinati destinatari delle direttive o istruzioni permane; ma abbiamo visto che questa deve essere intesa come "limitata", con riferimento al c.d. aiuto, e come «vincolata alle direttive», per quanto riguarda il c.d. assistente. Abbiamo già precisato che la stessa giurisprudenza interpreta tali formule non come sintomatiche di un rapporto di rigida gerarchia all'interno del reparto, ma come strumenti normativi che permettono al primario di affermare la propria *leadership* diagnostico-terapeutica all'interno del reparto: in caso di dissenso dei destinatari delle predette indicazioni funzionali, egli può imporne il rispetto. Lo strumento dell'avocazione serve precisamente a questo scopo: per superare il dissenso espresso dai medici in posizione funzionale inferiore a cui siano

³¹⁷ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 41 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

stati affidati casi clinici specifici con indicazione precisa della diagnosi o della terapia da praticare.

Si comprende quindi la scelta terminologica adoperata dal legislatore del 1979. Il medico in posizione apicale «*può avocare casi alla sua diretta responsabilità*». Questa “facoltà” espressa nella disposizione in analisi deve correttamente essere riferita alla eventualità che il dissenso dei destinatari delle direttive si verifichi; non già, invece, al fatto che, in caso di dissenso, il primario possa optare per la non avocazione del caso alla sua diretta responsabilità.

In altre parole, verificatosi un contrasto insanabile relativamente alla diagnosi o alle terapie che sarebbe opportuno o inopportuno effettuare, il medico in posizione apicale che non ritenga di dover sconfessare le istruzioni contestate non ha altra scelta, se non quella di avocare il caso alla propria esclusiva responsabilità, per ottenere la collaborazione del medico dissenziente. Se l'avocazione è esercitata, infatti, l'art. 63, D.P.R. n. 761/1979, come abbiamo visto, obbliga alla «*collaborazione*» il medico funzionalmente subordinato.

La scelta del termine «*collaborazione*» ha un significato giuridicamente pregnante. Mentre, come abbiamo appena detto, quando il medico in posizione apicale eserciti il proprio potere di direzione e coordinamento attraverso direttive e istruzioni, l'autonomia funzionale dei destinatari delle stesse permane, nel caso in cui invece egli ricorra, per vincere una resistenza all'ottemperanza delle proprie scelte tecnico-scientifiche, allo strumento dell'avocazione, l'autonomia operativa del medico in posizione subordinata scompare. Egli non opera più autonomamente, con correlativa assunzione di responsabilità, ma si limita a “collaborare” con un medico che ha assunto su di sé l'intera responsabilità circa il buon esito dell'operazione.

In sintesi, lo “svolgimento fisiologico” del rapporto fra medico in posizione apicale e medico subordinato implica l'esercizio in autonomia dell'attività medica sul paziente affidato, in conformità alle istruzioni ricevute; ed in caso di esito infausto, la responsabilità – secondo l'orientamento giurisprudenziale attualmente dominante – è condivisa: se si condividono le scelte diagnostiche e terapeutiche, si risponde ugualmente dei risultati infausti che ne dovessero derivare. Lo “svolgimento

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

patologico” del rapporto fra queste figure professionali si ha, invece, quando il destinatario delle istruzioni operative le contesti in tutto o in parte esercitando quel dovere, che la giurisprudenza ritiene sussistere in tali ipotesi, di “controllo incrociato” per cui ogni direttiva ricevuta dovrebbe essere, nell’interesse del paziente, sottoposta a vaglio critico da colui che dovrebbe portarla ad esecuzione. Così, in caso di contrasto, insanabile per il fatto che il medico in posizione apicale non ritiene di dover condividere le critiche mosse al suo operato, quest’ultimo ricorre al potere di avocazione, ormai non più mera facoltà, come lascerebbe intendere l’art. 63, comma 6 citato. In tal modo, il subordinato dissenziente degraderebbe a mero collaboratore irresponsabile: l’intero “peso” dell’intervento e delle scelte tecnico-scientifiche ad esso sottese, ricade unicamente sulle spalle del medico in posizione apicale.

In relazione al potere di avocazione del primario, giova menzionare un noto caso giurisprudenziale³¹⁸. Il fatto ha riguardato un omicidio colposo durante un intervento di taglio cesareo, effettuato da un capo-*équipe* coadiuvato da un medico in posizione funzionale iniziale. La paziente, dopo tale intervento, veniva nuovamente ricoverata in ospedale a causa di un’occlusione intestinale dovuta alla dimenticanza nell’addome di un tampone chirurgico, nel corso della prima operazione. A causa delle complicanze insorte nonostante il secondo intervento chirurgico, la paziente perveniva a morte. La Corte di Cassazione, confermando le condanne di merito dei due sanitari, ha stabilito che il medico in posizione iniziale «*non è in posizione meramente subalterna a chi dirige l’operazione*» in quanto ha un obbligo di sorveglianza sull’intera operazione potendo continuarla e concluderla, in caso di necessità, in sostituzione del primo operatore³¹⁹. In relazione a ciò, «*[...] l’assistente ospedaliero non può invocare a sua discolta una pretesa posizione subalterna rispetto all’operatore, in relazione ad eventi determinati da grave imprudenza e negligenza, tali elementi di colpa essendo a lui imputabili non meno che al capo-équipe*».

³¹⁸ Cass. Pen. Sez. IV, 2 maggio 1989, Argelli, in *Cass. Pen.*, 1990, I, p. 1807.

³¹⁹ Analogamente, Cass. Pen. Sez. IV, 5 gennaio 1982, Fenza, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1543, con nota di L. VERGINE-F. BUZZI, *A proposito di una singolare ipotesi di colpa professionale*. La sentenza è così massimata: «*Nel caso di evento colposo determinato da negligenza nel corso di un’operazione chirurgica, va ritenuto responsabile sia il chirurgo, principale esecutore dell’intervento, il suo assistente, poiché quest’ultimo, nella sua qualità di collaboratore e potenziale continuatore dell’operazione, ha il compito di vigilare sulla sua intera esecuzione*».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Con specifico riferimento al potere di avocazione del medico in posizione apicale, la sentenza ha precisato quanto segue: «*In tema di ripartizione dei ruoli funzionali (e della relativa responsabilità) tra il medico-chirurgo “primario” il medico-chirurgo “aiuto” operanti in una struttura sanitaria pubblica, l’art. 63 D.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 stabilisce, al comma 5, che il “primario”, tra l’altro, ha il potere di impartire disposizioni e direttive, e di verificarne l’attuazione, nel rispetto dell’autonomia professionale operativa del personale dell’unità assegnatagli, mentre, al comma 6, nel prevedere un potere di avocazione, attribuito al “primario”, stabilisce che, questo esercitato, ogni responsabilità è assunta dall’avocante (“primario”). Al personale appartenente alle altre posizioni funzionali (tra cui rientra anche quella di “aiuto”) residuando solo un obbligo di collaborazione. Pertanto, nel sistema della legge, il potere di intervento del primario ex comma 5 cit. art. 63 D.P.R. 761, nei precisati limiti, genera una situazione diversa da quella scaturente dall’esercizio del potere di provocazione, contemplato dal comma 6 dello stesso articolo, poiché, mentre l’esercizio del primo potere lascia spazio all’autonomia professionale delle altre posizioni funzionali, nell’ambito – e con i relativi diritti e doveri – di ciascuna qualifica funzionale, l’esercizio del secondo elimina tale autonomia lasciando a queste [altre posizioni funzionali] semplici compiti di collaborazione».*

IV. 2. 3. 3. [Tesi del dovere di non collaborazione da parte del medico subalterno dissenziente] In conclusione, segnaliamo una risalente opinione secondo cui il medico subordinato dovrebbe astenersi totalmente dal collaborare o dall’ eseguire l’ordine per poter andare esente da responsabilità³²⁰.

Tale ricostruzione appare, attualmente, inaccoglibile. Si è obiettato, di recente, che tal linea di condotta comporterebbe «una effettiva vanificazione dei poteri direttivi-impositivi del medico appartenente alla posizione apicale»³²¹; ed inoltre, tale ricostruzione interpretativa appare inattuale rispetto al quadro normativo attualmente vigente, essendo stata elaborata prima dell’emanazione della disciplina attualmente vigente, che conferisce al medico in posizione apicale il potere di avocare casi alla sua diretta responsabilità, *ex art. 63, comma 6, D.P.R. n. 761/1979.*

³²⁰ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, p. 229.

³²¹ F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d’équipe*, *op. cit.*, p. 41.

IV. 2. 3. 4. [Dissenso del medico subalterno, difficoltà probatorie] Il potere di avocazione del medico in posizione apicale permette, dunque, di salvaguardare la strutturazione gerarchica del reparto e di riaffermare, anche in caso di dissenso, i poteri di direzione, coordinamento e controllo che egli esercita nei confronti dei medici in posizione funzionale inferiore³²².

Si pone, tuttavia, un problema fondamentale nel caso in cui il medico subordinato manifesti il proprio dissenso al medico in posizione apicale e tuttavia collabori con lui in un intervento dall'esito infausto: per poter escludere la responsabilità penale del medico dissenziente è necessario che rimanga traccia del contrasto tecnico-operativo emerso. Appare necessario che i passaggi in cui si snoda l'esautoramento del medico inferiore dissenziente e la conseguente avocazione del caso alla responsabilità del medico in posizione apicale sia documentata nella cartella clinica del paziente: solo in tal modo sarà possibile dimostrare, in un eventuale futuro giudizio, che il subordinato ha assunto, nell'intervento, il ruolo di mero collaboratore materiale del primario, senza alcun ruolo decisionale.

IV. 2. 4. [La colpa del medico in posizione subalterna: esigibilità del dovere di controllo reciproco ipotizzato dalla prassi e della manifestazione del dissenso; principio di affidamento]

IV. 2. 4. 1. [Critica al dovere di controllo incrociato] Con riferimento alle ipotesi in cui il medico in posizione subordinata collabori col medico in posizione apicale e ne derivi un evento infausto a causa delle scelte diagnostico-terapeutiche compiute dal primo a cui abbia aderito, o non abbia espressamente dissentito il secondo, la giurisprudenza, come abbiamo avuto modo di verificare, ipotizza un dovere di controllo reciproco fra i medici di diversa posizione funzionale. La prassi giurisprudenziale è sul punto particolarmente rigida³²³. Anzitutto, è bene chiarire che

³²² C. DODERO, *Colpa e cooperazione colposa nell'esercizio della professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1173 e ss.

³²³ Oltre ai casi giurisprudenziali precedentemente citati, cfr. Cass., sez. IV, 25 agosto 1994, Pizza, in C.E.D. Cass., n. 199758, in cui la Corte di Cassazione ha riconosciuto la responsabilità dell'assistente ospedaliero, per

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

non sembra distinguersi fra le due ipotesi astrattamente configurabili: a) evento infausto cagionato dall'inferiore gerarchico in esecuzione di direttive erranee; b) evento infausto cagionato dal superiore gerarchico con cui il subalterno abbia cooperato, condividendo l'approccio diagnostico-terapeutico rivelatosi erroneo. In ogni caso, la giurisprudenza riconosce comunque, tendenzialmente, una corresponsabilità di entrambe le figure professionali per avere, il primo, emanato ordini colposamente erronei o per aver operato difformemente alle *leges artis*; il secondo, mostrato acquiescenza rispetto alle scelte errate del superiore gerarchico, anziché sottoporle a revisione critica, fino a dissentire da esse costringendo il medico in posizione apicale ad avocare il caso alla propria responsabilità esclusiva.

La giurisprudenza di legittimità, in modo pressoché costante, riconosce che *«il rapporto di subordinazione tra due sanitari, quali il primario di una divisione ospedaliera e l'assistente, non può essere in nessun caso considerato tanto assoluto e vincolante da far ritenere che il sottoposto, nell'uniformarsi alle disposizioni del superiore, che concretizzano una condotta colposa, non vi cooperi volontariamente, e da esonerarlo, conseguentemente, dalla responsabilità per l'evento*

la morte del paziente ricoverato, a causa di errore terapeutico compiuto dal medico in posizione apicale. L'assistente, infatti, *«una volta ricevuto l'affidamento del paziente da parte del primario, ha l'obbligo di assumere, sulla base delle conoscenze del caso acquisite, le iniziative necessarie per provocare in ambito decisionale i provvedimenti richiesti da eventuali esigenze terapeutiche, con conseguente responsabilità per gli eventi lesivi che colpiscono il paziente a lui affidato»*. *«La normativa che disciplina la ripartizione dei ruoli tra i medici operanti in una struttura sanitaria pubblica, D.P.R. n. 20 dicembre 1979 n. 761 (stato giuridico del personale delle U.S.L.) e D.P.R. n. 27 marzo 1969 n. 128 (ordinamento interno dei servizi ospedalieri) [...] prevede che il medico appartenente alla posizione apicale assegni agli altri medici i pazienti ricoverati. Ne consegue che questo affidamento determina la responsabilità del medico affidatario per gli eventi a lui imputabili che colpiscono l'ammalato affidatogli»*.

Con riferimento al rapporto fra medico in posizione apicale e medico in posizione intermedia, cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 7 giugno 2000, Perrino, in *C.E.D. Cass.*, n. 216801. Caso in cui, a seguito di esame angiografico, emergeva come urgentissima la necessità di operare chirurgicamente una paziente a causa di un'emorragia cerebrale. Il primario aveva dato direttive nel senso che avrebbe operato personalmente i casi più delicati, per i quali avrebbe dovuto essere avvisato. Il medico in posizione intermedia, nell'attenersi a tale direttiva, tuttavia ometteva colposamente di compiere qualsiasi genere di intervento sulla paziente, anche meramente preparatorio rispetto all'intervento del medico gerarchicamente sovraordinato, per tale fatto eseguito tardivamente ed infruttuosamente: la paziente perveniva a morte. Nel ravvisare la responsabilità penale del medico in posizione intermedia, la S.C. ha ritenuto che *«ancorché il primario possa, in relazione ai periodi di legittima assenza dal servizio, imporre all'aiuto l'obbligo di informarlo ed ha diritto di intervenire direttamente»*, nel caso in cui egli abbia espressamente affermato di voler avocare a sé la competenza su uno specifico caso clinico, *«l'aiuto non può restare inerte in attesa del suo arrivo, ma, essendo titolare di un'autonoma posizione di garanzia nei confronti del paziente, deve attivarsi secondo le regole dell'arte medica per rendere operativo ed efficace l'intervento del predetto primario, se del caso a quest'ultimo sostituendosi. Nella specie, invece, in attesa dell'arrivo del primario che aveva riservato a sé un intervento chirurgico urgente, l'aiuto non solo non aveva predisposto tutto l'occorrente all'operazione ma, essendosi protratto il ritardo, non aveva proceduto all'intervento, nonostante fosse, a suo giudizio, non ulteriormente procrastinabile»*. Anche in tal caso, dunque, le direttive del medico in posizione apicale, comportando un evidente rischio per la salute del paziente anche in considerazione dell'estrema urgenza con cui s sarebbe in concreto dovuti intervenire, avrebbero dovuto essere disattese.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

*derivante da quella condotta»*³²⁴. Di conseguenza, pare trovare conferma quanto sostenuto in precedenza circa l'inapplicabilità, in ipotesi di questo genere, dell'art. 51, comma 4 c.p.: gli ordini o le direttive del superiore gerarchico sono sempre sindacabili dal medico in posizione funzionale subordinata che ne è destinatario.

Ciò che desta perplessità è che la S.C. mostra di non dare rilevanza alla soggettiva riconoscibilità dell'erroneità dell'ordine del superiore gerarchico, argomentando genericamente che l'insussistenza di una rigidità gerarchica militare o paramilitare implica la volontarietà dell'adesione dell'inferiore gerarchico alla scelta del superiore e, di conseguenza, la condivisione della responsabilità per eventi lesivi che dovessero derivare dall'attuazione degli stessi ordini. Ancora una volta, la prassi giurisprudenziale pare accontentarsi dell'individuazione, in capo al medico subalterno, di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, per poi rinunciare, in modo più o meno evidente, ad una seria indagine circa la sussistenza di tutti gli elementi di cui si compone la responsabilità colposa, prima fra tutti l'individuazione di una regola cautelare violata in concreto.

È da ritenere, tuttavia, che sia inesigibile³²⁵ nei confronti del medico in posizione funzionale subordinata che egli manifesti il proprio dissenso rispetto alle scelte operative del medico in posizione apicale in modo tanto deciso e netto da farlo risultare in cartella clinica; ma soprattutto, sembra non configurabile un generalizzato e costante obbligo di controllo incrociato fra figure professionali poste in differenti livelli funzionali³²⁶.

³²⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 28 giugno 1996, n. 7363, Cortellaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 205829, e in *Cass. pen.*, 1997, p. 3034: «L'assistente ospedaliero collabora con il primario e con gli aiuti nei loro compiti, deve seguire le direttive organizzative dei superiori, ha la responsabilità degli ammalati a lui affidati e provvede direttamente nei casi di urgenza. Egli, nella qualità di collaboratore del primario e degli aiuti, non è tenuto, nella cura dei malati, ad un pedissequo ed acritico atteggiamento di sudditanza verso gli altri sanitari perché, qualora ravvisi elementi di sospetto percepiti o percepibili con la necessaria diligenza e perizia, ha il dovere di segnalarli e di esprimere il proprio dissenso e, solo a fronte di tale condotta, potrà rimanere esente da responsabilità se il superiore gerarchico non ritenga di condividere il suo atteggiamento».

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

³²⁵ A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., p. 621; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 51;

³²⁶ Considerazioni critiche in A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, op. cit., p. 1630; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, op.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Una soluzione di questo genere – pur conforme al dato normativo tutt’oggi vigente – non pare tenere in debita considerazione le dinamiche relazionali di un reparto ospedaliero in cui cooperano medici di cultura, perizia tecnica ed esperienza differenti. Non a caso, come già abbiamo posto in luce in precedenza, fra i compiti dei medici in posizione apicale rientrano quelli didattici; e non a caso i medici in posizione funzionale subalterna svolgono compiti assistenziali finalizzati anche al loro studio ed ulteriore apprendimento: si tratta di medici all’inizio del loro percorso professionale, i quali, pur ipotizzando che abbiano una cultura professionale teorica già approfondita, certamente non possiedono quell’esperienza che consente loro di affrontare autonomamente ogni tipo di intervento medico. Dunque, pretendere dai medici subordinati un controllo delle direttive o comunque dell’operato del medico in posizione apicale tanto da esprimere formalmente in cartella clinica un dissenso che comporti un dissociarsi dalle scelte operate da quest’ultimo sembra non tenere conto della situazione di “sudditanza” che spesso si realizza in tali rapporti professionali³²⁷.

Del resto, la dottrina ha da tempo posto in luce la funzione didattico-formativa del medico in posizione apicale in un settore, come quello medico-chirurgico, in cui accanto a regole cautelari consolidate nella prassi vi sono

cit., p. 54; D. GUIDI, *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 230.

³²⁷ D. GUIDI, *L’attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 230: «[...] il presunto “rapporto dialettico” tra primario ed assistente rappresenta a ben riflettere una mera astrazione, del tutto scollegata dalla reale configurazione dei rapporti tra medici in ambito ospedaliero e foriera di perniciose strumentalizzazioni in chiave incriminatrice». Cfr. altresì, A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero e omissione colposa di trattamento terapeutico*, *op. cit.*, pp. 1629 e ss.: «Il preteso rapporto “dialettico” tra primario e assistente assume evidentemente i contorni di un’astrazione, di una *factio iuris* (in *malam partem*, quando se ne vogliono ricavare conseguenze sul piano delle responsabilità penali) dimentica, nella sua assolutezza, del fatto che l’esercizio delle professioni sanitarie abbisogna di una preparazione culturale in egual misura teorica e pratica. Anche ammessa, a tutto concedere, un’equivalenza tra le cognizioni scientifiche del medico subalterno e di quello sovraordinato, rimarrebbe comunque inevitabile un divario di esperienza “sul campo”, tale da rendere ben poco razionale qualunque pretesa di controllabilità, almeno in linea di principio, delle scelte del primario da parte del medico ancora inesperto»; P. ZANGANI, *Sul rapporto di subordinazione tra primario e assistente ospedalieri: concorso nella responsabilità professionale*, in *Giust. pen.*, 1962, pp. 476 ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, *op. cit.*, p. 135.

Particolarmente rigida appare, dunque, la giurisprudenza in tema di responsabilità penale del medico c.d. specializzando; cfr., Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 1999, n. 13389, Tretti, in C.E.D. Cass., n. 215538: «In tema di colpa professionale del medico, il concreto e personale espletamento di attività operatoria da parte dello specializzando comporta pur sempre l’assunzione diretta anche da parte sua della posizione di garanzia nei confronti del paziente, condivisa con quella che fa capo a chi le direttive impartisce (secondo i rispettivi ambiti di pertinenza ed incidenza), sicché anche su di lui incombe l’obbligo della osservanza delle “leges artis”, che hanno per fine la prevenzione del rischio non consentito ovvero dell’aumento del rischio, con la conseguenza che non lo esime da responsabilità la passiva acquiescenza alla direttiva data ove non si appalesi appropriata, avendo egli al contrario l’obbligo di astenersi dal direttamente operare».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

tecniche e procedure d'avanguardia per fronteggiare situazioni di rischio sempre nuove. Il medico in posizione apicale in questi casi funge da tramite fra teoria e pratica, favorendo il consolidamento graduale di nuove tecniche e, in ultima analisi, di nuove *leges artis*³²⁸. Il potere di direttiva e di istruzione al personale subordinato assume, quindi, una valenza didattica, ma anche una valenza più propriamente cautelare: le direttive del primario permettono di inserire nelle prassi operative regole comportamentali innovative e non ancora consolidate. In questi frangenti, supporre un obbligo di controllo incrociato fra primario e subordinati appare illusorio, dato che non sarebbe congruo pretendere dai secondi la stessa preparazione ed esperienza del primo³²⁹.

Appare, quindi, opportuno limitare l'ambito della rimproverabilità del medico in posizione subalterna. Potrà rispondere penalmente dell'esito infausto del trattamento medico-chirurgico da lui effettuato o a cui ha collaborato – esito determinato dalle scelte operative compiute dal medico in posizione apicale, cui egli ha aderito – quando il compimento dello stesso trattamento implichi la conoscenza di *leges artis* che egli ha già acquisito al proprio patrimonio tecnico-professionale. In altre parole, risponde a titolo di colpa quando sia da lui percepibile ed evitabile il comportamento colposo del medico in posizione apicale e, mediatamente, l'esito infausto dell'intervento, in ragione non del proprio effettivo livello di preparazione ma di quello che egli sarebbe tenuto ad avere in considerazione della posizione funzionale rivestita nella gerarchia ospedaliera³³⁰.

³²⁸ A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero e omissione colposa di trattamento terapeutico*, op. cit., p. 1634.

³²⁹ R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, op. cit., p. 522.

³³⁰ L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., p. 135: «[...] nell'ordinamento ospedaliero non è rintracciabile alcuna disposizione che configuri una sorta di controllo incrociato tra medici, soprattutto qualora appartengono a ruoli professionali e a livelli gerarchici diversi. Il medico ospedaliero di ruolo inferiore, quindi, rivestendo una posizione di garanzia nei confronti dell'interesse tutelato, può ben porsi in rapporto dialettico con i medici di grado superiore, con i quali intercorre un rapporto di gerarchia funzionale, ma si dubita che abbia un onere di controllare l'operato degli altri sanitari maggiormente qualificati per anzianità, esperienza e ruolo funzionale, ai quali l'ordinamento ospedaliero riconosce espressamente un potere-dovere di indirizzo e sorveglianza. Il medico in posizione iniziale, infatti, pur rivestendo, a seguito della riforma sanitaria degli anni novanta, la qualifica di dirigente medico, è un operatore alle prime armi, chiamato a svolgere attività finalizzate alla sua formazione, secondo le direttive dei medici appartenenti alle qualifiche superiori. Egli, dunque, non è dotato dell'esperienza necessaria per poter instaurare un rapporto paritetico con il suo superiore e per valutare criticamente l'idoneità terapeutica delle scelte operate da quest'ultimo. Non è realistico, allora, pretendere che un soggetto ancora inesperto e in formazione sottoponga a controllo e metta in discussione l'operato di medici a lui sovraordinati per anzianità, esperienza e profilo professionale».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Inoltre, il dovere di controllo incrociato che la giurisprudenza sembra individuare appare disfunzionale rispetto all'organizzazione gerarchica ospedaliera, finalizzata proprio alla più efficace erogazione dei servizi sanitari in vista della più ampia tutela del paziente. Appare poco consona a questo scopo l'imposizione di un controllo costante e continuo del subordinato sull'operato del proprio superiore: oltre a non essere esigibile – come sopra illustrato – a causa di una asimmetria culturale-esperienziale fra le posizioni funzionali ospedaliere, appare cautelarmente inopportuno, proprio perché non permette al medico subordinato di adempiere ai compiti che gli vengono assegnati in sede di divisione del lavoro³³¹.

IV. 2. 4. 2. [Esigibilità del dissenso del subordinato e principio di affidamento]

Se gli ordini del medico in posizione apicale sono sindacabili sia formalmente che sostanzialmente, e se l'obbligo cautelare di sindacato dell'istruzione ricevuta dal superiore gerarchico, sorge, in capo al subalterno, quando l'erroneità della stessa sia riconoscibile, quando può dirsi che la colposità dell'ordine emerga manifestamente, limitando, quindi, il dovere di obbedienza del subalterno? Qui viene in rilievo la diversa posizione funzionale rivestita dai vari medici, a cui corrisponde un diverso grado di competenza tecnico-professionale.

Una soluzione ragionevole potrebbe essere quella di distinguere fra attività in cui vengono in rilievo conoscenze medico-chirurgiche basilari per qualunque medico di qualsiasi specializzazione – il c.d. patrimonio tecnico-professionale comune – o per qualsiasi medico specializzato in una certa branca dell'arte medica, da una parte, e attività, dall'altra, in cui invece sono richieste conoscenze di approfondimento superiore, padroneggiabile unicamente da medici specialisti esperti.

³³¹ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 231; A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, op. cit., p. 1635; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., p. 234; V. FINESCHI-P. FRATI-C. POMARA, *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica*, op. cit., p. 263.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Nel primo caso, il medico in posizione funzionale inferiore è in condizioni di percepire l'errore del medico in posizione sovraordinata, segnalarlo e, se del caso, dissentire dalla scelta diagnostico-terapeutica adottata.

Nel secondo ordine di ipotesi, invece, il medico subalterno non possiede le cognizioni o l'esperienza che gli permettono di cogliere la colposità della direttiva o istruzione ricevuta, quindi pare inesigibile un obbligo di dissenso da parte sua e, correlativamente, una sua corresponsabilità in caso di evento infausto.

Anche in tali ipotesi può essere utilmente applicata la distinzione, già richiamata in precedenza con riferimento al dovere di controllo del medico in posizione apicale e del capo-*équipe*, fra «*slips*», ovvero errori di carattere esecutivo dovuti a distrazioni, e «*mistakes*», cioè errori di valutazione, commessi nonostante la massima concentrazione ed attenzione³³². Come già osservato in precedenza, i primi attengono in linea di massima ad attività di *routine* in cui fa *deficit* l'attenzione dell'operatore. In tali frangenti, è possibile ipotizzare un controllo incrociato fra medico apicale e medico subalterno perché ciascuno di essi, astrattamente, può essere in grado di cogliere la distrazione del collega ed eventualmente porvi rimedio. Non così, invece, in caso di errori decisionali, normalmente inerenti a casi in cui si esula dalla *routine* di reparto. Dato che si tratta di fattispecie in cui è richiesta una maggiore competenza ed esperienza, il medico in posizione subalterna non può di regola essere chiamato a controllare e valutare nel merito l'attività dell'operatore più esperto, in quanto sarebbe semplicemente inutile, non avendo egli le competenze per rilevare errori di questo genere. In tal caso, un controllo incrociato si risolverebbe in un'occasione di distrazione per il medico in posizione subalterna dalle mansioni a lui specificamente assegnate. Dunque, questa soluzione interpretativa, moltiplicando gli obblighi di controllo nei confronti dell'operato dei sanitari che agiscono sul paziente, raggiunge solo un illusorio innalzamento del livello di tutela nei confronti del paziente, in quanto possono determinarsi rischi ulteriori con riferimento proprio al fatto che ciascun operatore non è del tutto libero di approfondire la massima attenzione nei compiti di propria spettanza.

³³² Cfr. A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, pp. 242 e ss.

Tutto ciò conduce a delle conseguenze rilevanti con riferimento all'ambito di applicazione del principio di affidamento. I medici in posizione funzionale subalterna, come dicevamo, sono dalla legge dotati di "autonomia limitata", nel caso dei medici in posizione funzionale intermedia, o "vincolata alle direttive ricevute", nel caso dei medici in posizione funzionale iniziale. Dato che hanno una loro autonomia operativa, assumono in prima persona la responsabilità degli atti medico-chirurgici che compiono sul paziente. Da ciò deriva, come dicevamo in precedenza, una posizione di garanzia nei confronti del paziente, nel senso che ciascuno è tenuto, nell'ambito delle proprie funzioni e, quindi, dei doveri cautelari imposti nei suoi confronti, ad evitare eventi lesivi della salute del paziente. Tali eventi lesivi, come è evidente, possono derivare al paziente anche dall'esecuzione di direttive e istruzioni – "tendenzialmente" vincolanti – ricevute dal medico in posizione apicale.

Ebbene, nei limiti delle competenze possedute e dell'esperienza maturata, il medico subordinato che cooperi col medico in posizione apicale eseguendo le direttive da lui impartite è tenuto a verificarne la correttezza prima di darvi attuazione, se l'ambito cui tali direttive ineriscono rientra fra le competenze del medico subalterno: egli ha gli strumenti intellettivi per apprezzare nel merito le istruzioni ricevute e, nell'esercizio della propria autonomia professionale, non deve adagiarsi supinamente su di esse ma deve vagliarle criticamente e dissentire da esse nel caso in cui sia riconoscibile, nel caso della loro esecuzione, un rischio di verifica di un evento lesivo della salute del paziente³³³.

La diversa ipotesi in cui il medico in posizione subalterna riceva direttive in relazione ad aspetti dell'arte medica su cui non ha ancora un dominio tecnico-scientifico, ricadono in un diverso ambito di responsabilità.

In tale genere di ipotesi, si potrebbe ipotizzare una *culpa in eligendo* in capo al medico in posizione apicale, avendo egli affidato un compito tecnico-professionale a

³³³ Pare conforme anche la giurisprudenza di legittimità più recente; cfr. Cass. Pen. Sez. IV 2 dicembre 2008, n. 1866, Toccafondi, in C.E.D. Cass., n. 242017: «La [...] giurisprudenza ha valorizzato fortemente il ruolo del dirigente del reparto affermando che costui ha compiti di indirizzo, di direzione e di verifica dell'attività diagnostica terapeutica; e gli spettano quindi le scelte operative pertinenti alla condizione nosologica del paziente. Ciò tuttavia non significa che il medico subalterno, magari all'inizio del suo percorso professionale possa attenersi ad un atteggiamento veramente passivo ed acritico. Enunciazione da condividere, pur con la precisazione che, ai fini della configurazione della colpa occorrerà considerare anche la minore esperienza e la inferiore qualificazione professionale».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

personale addirittura non in grado di valutare la correttezza o meno dell'indicazione ricevuta.

Si tratterebbe inoltre di colpa per assunzione³³⁴ con riferimento al personale subalterno esecutore: infatti il medico che non abbia sufficiente esperienza per “decodificare” le pretese professionali del medico in posizione apicale, dovrebbe astenersi dall'operare sul paziente, per non esporlo ad un rischio maggiore di quello consentito.

In altre parole, non pare configurabile un obbligo di controllo costante e generalizzato del medico in posizione subalterna rispetto alle direttive o istruzioni impartite dal medico funzionalmente superiore: per tutto quanto non sia manifestamente colposo, quindi riconoscibile ed evitabile dal medico in posizione funzionale inferiore, dovrebbe trovare applicazione il principio di affidamento, nel senso che il medico in posizione funzionale inferiore può confidare sul corretto espletamento dei propri compiti da parte dei professionisti con cui collabora, tanto più con riferimento a coloro che, per anzianità ed esperienza, rivestono una posizione funzionale superiore.

Il principio di affidamento, invece, non potrebbe trovare applicazione – di conseguenza, obbligando il subordinato a verificare la correttezza dell'operato del superiore o delle sue direttive – solo nel caso in cui sia percepibile ed evitabile, con l'ausilio delle cognizioni tecnico-scientifiche proprie di ogni medico, o di ogni medico specialista che ricopra la specifica posizione funzionale del medico in posizione subalterna. In altre parole deve trattarsi di errore «*evidente*» e «*non settoriale*».

³³⁴ E. MEZZETTI, *Colpa per assunzione*, in S. VINCIGUERRA-F. DASSANO (a cura di), *Studi in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, pp. 513 e ss.: « L'agente [...] versa in colpa per assunzione quando le regole cautelari violate concernono le capacità fisico-intellettuali e le conoscenze tecniche necessarie all'espletamento di un'attività, che, posta in essere in assenza di esse, ha conseguentemente condotto alla realizzazione di un evento offensivo; salvo, ai fini di un'imputazione (autenticamente) colpevole del fatto l'accertamento della circostanza che l'agente conosceva o avrebbe comunque dovuto conoscere la sua inadeguatezza rispetto allo svolgimento dell'attività da intraprendere»; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale, op. cit.*, p. 368; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale, op. cit.*, p. 509; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale, op. cit.*, pp. 291 e ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 347; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo, op. cit.*, p. 144; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi, op. cit.*, p. 203; D. PULITANÒ, *Diritto penale, op. cit.*, p. 367.

Tale soluzione interpretativa – del c.d. “affidamento temperato”³³⁵ – è stata elaborata dalla giurisprudenza in tema di cooperazione multidisciplinare, sia diacronica che sincronica, cioè con riferimento ad ipotesi di collaborazione fra medici specialisti in settori diversi dell’arte medica, in cui, per definizione, risulta difficile, se non impossibile, un reale sindacato nel merito dell’operato altrui in quanto inerente a settori specialistici non padroneggiati dagli altri collaboratori. In tali casi l’affidamento sarebbe necessario, appunto, quando l’attività che viene in considerazione afferisca a tali saperi specialistici. Ma, per quanto concerne la colposità delle condotte che inerisca ad aspetti non specialistici oppure nei casi in cui il rischio per la salute del paziente derivi da difetti di coordinamento, allora la percezione di tali rischi in capo ad un qualsiasi membro dell’*équipe* determina nei suoi confronti la cessazione dell’operatività del principio di affidamento, con conseguente sorgere di un obbligo secondario di controllo dell’attività altrui, che può spingersi fino ad attivarsi per emendare l’altrui condotta colposa.

Questi aspetti – che saranno oggetto di specifica trattazione nella parte del presente lavoro dedicata alla cooperazione multidisciplinare con divisione orizzontale del lavoro – riteniamo possano trovare applicazione anche al caso del medico subordinato che cooperi col medico in posizione apicale. Nonostante in tal caso la cooperazione avvenga fra specialisti nel medesimo settore dell’arte medica, non può configurarsi un vero e proprio obbligo di controllo incrociato in quanto il medico subalterno non ha una conoscenza teorica o pratica tale da poter sindacare ogni atto compiuto dal medico apicale. Egli può limitare il suo apporto dialettico alla fase diagnostico-terapeutica solo se il caso clinico possa essere trattato con l’ausilio delle conoscenze tecnico-scientifiche che ogni medico generico è tenuto a possedere o sulla base delle conoscenze specialistiche che fanno parte del bagaglio culturale di ogni medico specialista nella stessa posizione funzionale del medico subalterno considerato.

³³⁵ A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., pp. 628 e ss.; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d’*équipe**, op. cit., pp. 252 e ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., pp. 50 e ss.; L. RISICATO, *L’attività medica di *équipe* tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, op. cit., p. 62 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Per cui, anche in questo genere di ipotesi, dovrebbe affermarsi la valenza generale del principio di affidamento, nel senso che il medico gerarchicamente inferiore può legittimamente confidare nella correttezza dell'operato dei propri collaboratori, tanto più rispetto al medico in posizione apicale. Dunque, egli non ha, di regola, l'obbligo di controllare e verificare costantemente l'operato del superiore o delle sue direttive o istruzioni. Tale obbligo sorge solo se, in concreto, siano percepite o fossero percepibili, circostanze idonee a infirmare tale legittimo affidamento. Il che si verifica quando l'errore del superiore sia «evidente» – ovvero riconoscibile anche da un medico in posizione funzionale inferiore, quando non da qualsiasi medico «generico» – e «non settoriale». Tale ultima espressione, come vedremo, nell'ambito della casistica³³⁶ in cui è stata elaborata indica la necessità che l'errore non afferisca alla specifica branca dell'arte medica in cui è specializzato colui che tale errore compie, non essendo tendenzialmente possibile coglierlo dagli altri operatori specializzati in altri settori. Ma, *mutatis mutandis*, tale requisito può essere applicato anche al caso del medico subordinato rispetto all'errore del medico in posizione apicale, considerando che la differenza di esperienza e di approfondimento teorico che giustifica la diversa posizione funzionale dei medici e le diverse sfere di responsabilità implica che il primo non può essere sempre in grado di cogliere l'errore del secondo.

In conclusione, non pare potersi parlare, nel rapporto fra superiore ed inferiore gerarchico di un illimitato dovere di controllo reciproco.

Nel caso del medico in posizione apicale il limite al principio dell'affidamento tradizionalmente individuato nell'obbligo di controllo sull'operato altrui specificamente affidato al medico in posizione apicale *ex lege* o attribuito di fatto al capo-*équipe* non può essere inteso in senso assoluto, sconfinando altrimenti in una vera e propria responsabilità oggettiva di posizione, ma deve essere “temperato” con l'ausilio dei principi generali del reato colposo: l'errore altrui deve

³³⁶ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen. Sez. IV, 11 ottobre 2007, Raso ed altri, in C.E.D. Cass., n. 23789: «Ogni sanitario è tenuto ad osservare gli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine unico della salute del paziente, in aggiunta al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte; in conseguenza di ciò il singolo medico non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pur specialista, ed al controllarne la correttezza, ponendo eventualmente rimedio agli errori altrui che siano evidenti e non settoriali, come tali, rinvenibili ed emendabile con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medico».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

essere percepibile ed evitabile dal medico in posizione gerarchicamente superiore, il quale, se ha correttamente suddiviso il lavoro fra i medici da lui dipendenti ripartendo quindi le rispettive sfere di competenza, se ha verificato l'insussistenza di indizi che lascino prevedere l'altrui condotta scorretta, può legittimamente fare affidamento sul fatto che i propri collaboratori svolgeranno diligentemente i propri compiti³³⁷.

Anche il medico in posizione funzionale inferiore può usufruire del principio di affidamento in funzione limitativa dei propri doveri cautelari. Nei suoi confronti troverà applicazione, eventualmente, un limite al principio di affidamento differente rispetto a quello applicabile al medico in posizione apicale: egli può fare affidamento sulla correttezza dell'operato del superiore finché non emergano in concreto indizi, evidenti e non settoriali, quindi rilevabili con le conoscenze che è tenuto a possedere un medico specialista nella sua stessa posizione funzionale, che permettano di ravvisare un rischio specifico per la salute del paziente; nel qual caso, dovrà attivarsi per evitare che il fatto del medico superiore si traduca in un evento infausto: dovrà dissentire dalle scelte diagnostico-terapeutiche del primario, facendo risultare ciò in cartella clinica e costringendo il primario che ritenga di non accogliere le critiche ad avocare il caso alla sua diretta responsabilità, con

³³⁷ In senso sostanzialmente adesivo, G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, p. 229; A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, *op. cit.*, p. 1634; P. ZANGANI, *Sul rapporto di subordinazione tra primario e assistente ospedaliero: concorso nella responsabilità professionale*, *op. cit.*, p. 479; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, 230; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 51; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, *op. cit.*, pp. 134 e ss.: «Non vi è dubbio che il medico in posizione subalterna, qualora partecipi attivamente al trattamento diagnostico e terapeutico del paziente, che viene affidato anche alle sue cure, deve adempiere i propri compiti osservando le relative *leges artis* e dando attuazione alle eventuali direttive e istruzioni che gli siano state impartite dal sanitario gerarchicamente sovraordinato. Qualora, però, queste direttive integrino una condotta colposa, contrastando con quelle regole dell'arte medica appartenenti al patrimonio di nozioni tecniche e scientifiche proprie di qualsiasi soggetto abilitato alla professione sanitaria, indipendentemente dal livello professionale e dal settore specialistico, dovrà sicuramente disattenderle e, a seconda dei casi, manifestare i suoi dubbi al medico in posizione apicale, affinché questi possa correggere la scelta diagnostica o terapeutica intrapresa, ovvero dovrà realizzare direttamente gli accertamenti diagnostici o i trattamenti terapeutici ritenuti necessari nelle circostanze del caso concreto, se il paziente è stato a lui affidato e la sua attività non si è limitata a una collaborazione con il primario in qualità di membro dell'*équipe* medica da questi diretta. Tuttavia, qualora le direttive impartite dal primario abbiano carattere opinabile e controverso, non può esigersi dal medico in posizione iniziale il potere-dovere di verifica della validità e correttezza tecnica delle stesse e, conseguentemente, non può a lui ascriversi una responsabilità per l'evento lesivo da esse derivante».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

conseguente “degradazione” del subordinato a mero collaboratore, irresponsabile quanto alla scelta diagnostico-terapeutica confermata dal c.d. primario³³⁸.

IV. 2. 5. [La giurisprudenza più recente] Nella giurisprudenza più recente – in particolare, Cass. Pen. Sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, Toccafondi, in C.E.D Cass., n. 242017 – «si coglie pure la tendenza a considerare il ruolo e la sfera di responsabilità dei diversi terapeuti operanti all’interno della struttura sanitaria: in tema di colpa professionale medica, ai fini dell’affermazione di responsabilità penale, in relazione al decesso di una paziente, dei medici operanti – non in posizione apicale – all’interno di una struttura sanitaria complessa, a titolo di colpa omissiva, è priva di rilievo la mera installazione del c.d. rapporto terapeutico, occorrendo accertare la concreta organizzazione della struttura, con particolare riguardo ai ruoli, alle sfere di competenza ed ai poteri-doveri dei medici coinvolti nella specifica vicenda»³³⁹. La fattispecie, relativa alla morte di una detenuta, ha riguardato la responsabilità penale del medico in posizione apicale, responsabile del servizio sanitario della struttura carceraria, e di due ginecologi, in posizione non apicale, intervenuti a vario titolo nella vicenda. La morte è stata provocata dall’omessa diagnosi di tubercolosi: ciò non ha permesso di dar luogo ad una terapia tempestiva, conducendo a morte la paziente.

Premessa la conferma anche in sede di legittimità della responsabilità penale del direttore del servizio sanitario della struttura carceraria, ai nostri fini assume particolare interesse la posizione dei medici di guardia implicati nella vicenda.

Il primo aveva ricevuto telefonicamente gli esiti degli esami istologici ed ha annotato in cartella clinica gli esami di approfondimento diagnostico che avrebbero dovuto essere effettuati: secondo le sentenze di merito di condanna, egli avrebbe dovuto sincerarsi personalmente che tali esami fossero effettuati, essendo sorta, nel momento in cui riceveva telefonicamente tali informazioni sulla paziente, una relazione terapeutica tale da fondare una posizione di garanzia.

³³⁹ R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p., op. cit.*, p. 519.

Il secondo, avendo visitato più volte la paziente, in occasione della somministrazione di un vaccino antinfluenzale, avrebbe dovuto leggere più attentamente la cartella clinica, ed avrebbe notato che gli esami prescritti erano stati eseguiti solo parzialmente.

La motivazione della pronuncia della S.C appare essere di particolare interesse in quanto prende posizione su alcuni aspetti problematici cruciali che abbiamo esaminato in precedenza.

In particolare la Corte censura il diffuso atteggiamento giurisprudenziale per il quale il giudizio di accertamento della responsabilità medica in situazioni di cooperazione plurisoggettiva si limita al mero riscontro della sussistenza in concreto della posizione di garanzia nei confronti della salute del paziente. In tal modo, la posizione di garanzia, di fatto assorbendo in sé la valutazione soggettiva della colpa, oltre ad assumere rilevanza anche al di fuori dei casi in cui dovrebbe effettivamente rilevare – cioè i casi in cui la condotta dell'agente sia omissiva –, assume un perimetro eccessivamente lato, ponendosi inevitabilmente in tensione coi principi di personalità della responsabilità penale e della colpevolezza³⁴⁰.

La S.C. ha quindi evidenziato come l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale abbia individuato una serie di principi che hanno la funzione di circoscrivere l'ambito della responsabilità penale di ciascun agente in contesti plurisoggettivi: i principi di autoresponsabilità, di gerarchia e di affidamento. Principi che consentono di circoscrivere la responsabilità entro limiti di esigibilità definiti in relazione alle competenze specialistiche da ciascuno possedute, in relazione alla maturazione professionale di ciascuno, al ruolo esercitato all'interno della struttura

³⁴⁰ Cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1866, Toccafondi, in C.E.D Cass., n. 242017: «La sentenza [di appello impugnata], dunque, parte dall'assunto corretto che l'instaurazione della relazione terapeutica crei la cosiddetta posizione di garanzia ed il conseguente obbligo di agire a tutela della salute e della vita, così fondando la responsabilità per omissione (a tale indiscusso principio si riferisce la pronunzia di legittimità citata nella sentenza). Essa, però, conferisce a tale obbligo una dimensione astratta ed irrealistica, quasi che l'obbligo in questione abbia sempre un'estensione illimitata. Tale impostazione, finendo con pretendere dall'agente anche prestazioni, professionali, non dovute o non possibili e comunque radicalmente estranee all'ambito dell'obbligazione assunta, rischia di vulnerare il carattere personale della responsabilità penale ed il principio di colpevolezza. Oltre a ciò, la pronunzia sembra basare l'addebito colposo solo sulla posizione di garanzia, trascurando che essa rileva esclusivamente per rendere possibile l'imputazione del fatto quando si sia in presenza di condotta omissiva, ai sensi dell'art. 40 cpv. c.p.; ed opera quindi sul piano del fatto, della tipicità oggettiva. L'itinerario che conduce alla responsabilità colpevole richiede altresì la presenza di una condotta concretamente colposa, dotata di ruolo eziologico nella spiegazione dell'evento lesivo. In realtà l'obbligo in questione, come tutte le posizioni giuridiche soggettive, riveste in ciascuna fattispecie concreta una specifica dimensione che il Giudice, nella ricerca delle reali responsabilità, deve preliminarmente definire».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

complessa in cui è incardinato. *«Dunque l'analisi delle competenze specialistiche specifiche e della concreta organizzazione gerarchica costituisce l'itinerario corretto per impostare il problema cruciale della responsabilità colpevole, particolarmente quando l'illecito si colloca all'interno di organizzazioni complesse. [...] l'organizzazione e la gerarchia di ciascuna struttura sanitaria nella quale si riscontra l'agire coordinato di diversi professionisti è di cruciale rilievo per risolvere problemi come quello posto dal giudizio in esame».*

Relativamente al caso di specie, la S.C. ha ritenuto che l'omissione di un fondamentale esame diagnostico era frutto non di mera trascuratezza da parte del medico in posizione apicale, ma il frutto di una precisa scelta tecnico-professionale: l'esame infettivologico, che avrebbe permesso la diagnosi di tubercolosi, non è stato effettuato perché sono stati ritenuti sufficienti ad escludere la presenza della patologia gli esami già compiuti.

A fronte di ciò, ai medici in posizione subordinata non può imputarsi di non aver colmato una lacuna materiale nell'operato del superiore ma, più specificamente, di non aver sindacato nel merito le scelte diagnostiche del superiore.

Quindi, a causa della necessità di approfondire le relazioni gerarchiche all'interno della considerata struttura, la sentenza di condanna dei due medici di guardia è stata annullata con rinvio.

In sostanza, la sentenza in analisi ha ribadito i principi che abbiamo sopra delineato con riferimento alla necessità che la ricerca delle responsabilità penali sia compiuta rispettando maggiormente i principi di colpevolezza e personalità della responsabilità penale.

In particolare, si ribadisce che *«qualora, infatti, non sussista un potere di controllare e sindacare le scelte diagnostiche deliberatamente compiute dal medico di vertice della struttura, in capo agli altri sanitari operanti nella stessa, nessuna responsabilità può essere loro addebitata a titolo di colpa, per l'evento lesivo cagionato dall'erroneità di quelle scelte».*

Inoltre si precisa che *«una volta che il medico in posizione subordinata, chiamato a collaborare con il superiore gerarchico, non si limita ad un pedissequo e acritico atteggiamento di sudditanza verso gli altri sanitari, ma, qualora ravvisi elementi di sospetto, percepiti o percepibili con l'ordinaria diligenza e perizia, nelle loro scelte diagnostiche o terapeutiche, li segnali ed esprima il proprio dissenso, non può che rimanere esente da responsabilità se il superiore gerarchico non*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

ritenga di condividere il suo atteggiamento critico e persista nella propria condotta colposa. E ciò perché, se è vero che il rapporto di subordinazione tra due sanitari non può mai essere considerato tanto assoluto e vincolante da far ritenere che il sottoposto, nell'uniformarsi alle disposizioni del superiore, che concretizzino una condotta colposa, non vi cooperi volontariamente, e da esonerarlo, conseguentemente, dalla responsabilità per l'evento derivante da quella condotta, è altresì indubbio che questo evento non può essere imputato al medico in posizione subordinata, qualora non sia possibile muovergli alcun rimprovero a titolo di colpa, per aver, questi, correttamente adempiuto il dovere di diligenza su di lui gravante».

Sez. 2. Cooperazione medica organizzata mediante divisione del lavoro in senso orizzontale: la cooperazione multidisciplinare sincronica nella c.d. *équipe* in senso stretto.

I. [Perimetrazione dell'ambito di indagine: la c.d. *équipe* in senso stretto e l'ipotizzabilità di obblighi cautelari relativi alle condotte altrui in contesti non gerarchizzati] Nei paragrafi precedenti abbiamo analizzato i rapporti medici strutturati in senso gerarchico. Abbiamo avuto modo di evidenziare che essi si caratterizzano per una divisione del lavoro in senso verticale: alle posizioni funzionali apicali spettano funzioni materialmente operative, ma anche – e soprattutto – funzioni di direzione, controllo, coordinamento dell'operato altrui, nell'interesse del paziente: la sua salute sarebbe meglio tutelata se un soggetto gerarchicamente sovraordinato sovrintenda al corretto espletamento da parte dei medici in posizione funzionale inferiore – affidatari di specifici casi clinici o di interi settori della divisione ospedaliera di volta in volta in questione – dei compiti diagnostico-terapeutici affidati. Ciò è possibile, come abbiamo avuto modo di evidenziare, in ragione dell'omogeneità scientifica fra i medici che operano nello stesso reparto, tutti specialisti nella stessa branca dell'arte medica, seppure con livelli di conoscenza ed esperienza differenti e, pertanto – pur appartenenti al medesimo ruolo professionale – collocati in posizioni funzionali diverse.

La forma di cooperazione medica di cui dovremo occuparci ora assume tratti marcatamente differenti. I medici, in tal caso, possiedono differenti specializzazioni e, quindi, afferiscono a reparti diversi dell'organizzazione ospedaliera. Ciò si traduce nel fatto che non sono individuabili forme di dipendenza gerarchica fra i vari operatori e nel fatto che il lavoro è suddiviso fra i vari sanitari in modo “orizzontale”, cioè in ragione delle diverse competenze che ognuno possiede. Ciascuno, quindi, si occuperà di uno specifico tratto del percorso diagnostico-terapeutico in modo del tutto autonomo e libero da vincoli esterni di carattere gerarchico, se non quelli derivanti dalla necessità di coordinare il proprio apporto

professionale con quello degli altri medici che cooperano ugualmente sullo stesso caso clinico e di cui si fa garante il capo-*équipe*.

Sulla figura del capo-*équipe* ci siamo già soffermati in precedenza. Sia consentito, in questa sede, richiamare per sommi capi quanto già sostenuto sulla necessità di non equiparare tale figura professionale, in contesti di cooperazione multidisciplinare, a quella del primario nei casi in cui egli non rivesta effettivamente la qualifica giuridico-formale di superiore gerarchico rispetto agli altri medici coinvolti nell'operazione³⁴¹. Il capo-*équipe* è colui che, per anzianità di servizio, esperienza, competenze professionali, assume di fatto la direzione di un singolo intervento chirurgico svolto secondo lo schema operativo dell'*équipe* in senso stretto, cioè secondo lo schema della cooperazione multidisciplinare sincronica. Egli, quindi, non ha veri e propri poteri gerarchici rispetto ai medici, specialisti in altri settori della medicina. Rispetto a costoro, può solo esercitare un ruolo di *primus inter pares*, di coordinatore dell'operato altrui³⁴². Il suo ruolo di controllo sull'altrui attività specialistica è meno pregnante rispetto al ruolo che gli compete in un'*équipe* organizzata gerarchicamente, non avendo – legittimamente, peraltro – le necessarie competenze per poter apprezzare, valutare ed (eventualmente) censurare e correggere gli apporti professionali specialistici forniti dall'*équipe*. Solamente il suo ruolo di coordinatore dell'intera vicenda operatoria è – riteniamo – identico rispetto al caso dell'*équipe* organizzata gerarchicamente.

Ciò che in questa sede merita di essere approfondito è l'*équipe* medica “in senso stretto”, cioè quella forma di cooperazione multidisciplinare medica che vede la collaborazione di una pluralità di specialisti in diverse branche dell'arte medica in uno stesso contesto spazio-temporale. Questo fenomeno, come accennato, può

³⁴¹ Cfr. P. PIRAS-G. P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, op. cit., p. 303: nel caso delle *équipe* organizzate gerarchicamente «[...] il ruolo di capo-*équipe* viene ricoperto dal sanitario che riveste la posizione apicale: ha il potere di imporre ai sanitari di livello funzionale inferiore delle direttive vincolanti ed il dovere di esercitare, oltre che il proprio apporto all'intervento plurisoggettivo, un penetrante controllo sull'operato altrui, al fine di evitare che un eventuale errore pregiudichi l'esito del trattamento sanitario. Il controllo è possibile perché, di regola, ove l'*équipe* sia organizzata gerarchicamente, i medici che la compongono fanno parte dello stesso reparto: il loro livello di preparazione tecnica è eterogeneo solo sul piano quantitativo, ma non su quello qualitativo. Quindi il medico in posizione apicale può sindacare nel merito l'operato degli operatori subordinati in quanto è capace di prevedere ed evitare il loro operato eventualmente negligente o imperito».

³⁴² Cfr. P. PIRAS-G. P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, op. cit., p. 303.

essere analizzato in una prospettiva verticale (i rapporti fra capo-*équipe* e gli altri collaboratori) – che tralasciamo, in quanto facciamo rinvio a quanto detto nei paragrafi precedenti e a quanto sinteticamente riassunto sopra – ed in una prospettiva orizzontale, concentrandoci, cioè, sui rapporti intercorrenti fra i medici di diversa specializzazione non legati da vincoli gerarchici in forza dei quali sarebbero eventualmente tenuti a controllare (reciprocamente, secondo la prospettiva accolta dalla criticata giurisprudenza) l'operato altrui. Nel caso in cui non sussista alcun rapporto gerarchico fra medici, è ipotizzabile un obbligo di controllo dell'operato altrui? Se sì, entro quali limiti?

L'assenza di un espresso dato normativo in tal senso non agevola l'interprete, tenuto a ricondurre il tema entro i principi generali relativi all'obbligo giuridico di impedimento dell'evento, alla colpa, al principio di affidamento; il tutto entro l'invalicabile perimetro tracciato dall'art. 27, comma 1 Cost., che pone al bando, com'è noto, ogni forma di responsabilità oggettiva.

Si pone dunque il problema di verificare se, in un'attività medica da compiersi plurisoggettivamente secondo lo schema della divisione del lavoro, ciascuno possa essere chiamato a rispondere solo ed unicamente della violazione delle *leges artis* relative alla specifica mansione assegnata in concreto ed afferente alla propria specializzazione professionale; oppure, se possa rispondere a titolo di cooperazione colposa anche per l'errore commesso da altro cooperatore. Il tema riguarda la verifica dell'ampiezza dei doveri di diligenza gravanti su ciascuno: ogni operatore è tenuto unicamente a rispettare i doveri di diligenza relativi allo specifico compito assegnato, oppure deve anche verificare la correttezza degli apporti professionali dei soggetti con cui si trova a interagire?

La soluzione a questo quesito ha un risvolto pratico immediato con riferimento alla responsabilità dei singoli partecipi al lavoro in *équipe*. Se si ritiene l'ambito di responsabilità di ciascuno limitato al rispetto dei soli obblighi cautelari relativi alla specifica attività da svolgere, allora non potrà configurarsi una corresponsabilità nel caso in cui l'evento derivi da una negligenza altrui, in quanto non sarebbero configurabili obblighi cautelari rivolti al comportamento di terzi; viceversa nel caso opposto, giacché ciascuno potrà essere chiamato a rispondere

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

anche per un evento lesivo cagionato dalla condotta colposa di un altro membro dell'*équipe* se non abbia provveduto a prevenire e a correggere l'errore di quest'ultimo³⁴³.

Ancora una volta si ripropone, in tutta la sua problematicità, il tema portante del presente lavoro: fino a che punto è possibile rispondere penalmente per aver omesso di impedire un comportamento colposo altrui sfociato in un evento infausto per la salute del paziente?

II. [Il limite al principio di affidamento relativo alla percezione dell'altrui inaffidabilità] Postulando nel nostro ordinamento l'operare regolare del principio di affidamento, dovremo occuparci del suo limite che, logicamente ma anche storicamente, per primo è stato individuato dalla prassi: *non può essere invocato, in funzione limitatrice dei doveri cautelari su di lui gravanti, da chi abbia percepito l'altrui inosservanza cautelare e, tuttavia, non abbia agito in senso correttivo*³⁴⁴.

Il principio dell'affidamento può svolgere la sua funzione solo in un contesto in cui tutti soggetti che si trovino ad interagire – in quanto titolari di doveri divisi, volti alla tutela del medesimo bene giuridico – osservino gli obblighi di diligenza loro riferibili. Il nucleo essenziale del principio di affidamento, infatti, consiste nell'autorizzare ciascun titolare di obblighi cautelari, inerenti ad una condotta commissiva o legati ad una posizione di garanzia, ad attendersi che coloro con cui ci si trova ad interagire rispetteranno a loro volta gli standard cautelari loro riferiti, in modo tale da esonerarlo da obblighi di controllo sulle condotte altrui³⁴⁵. Questo meccanismo permette di conferire al principio di affidamento la funzione di perimetrare in modo maggiormente definito l'area del rischio consentito in contesti

³⁴³ Cfr. D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 234.

³⁴⁴ G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, op. cit., p. 228: secondo il quale una seconda eccezione al principio dell'affidamento si ha «quando lo stesso collegamento funzionale ed ambientale, che di norma contrassegna l'attività in *équipe*, consenta al soggetto partecipante di constatare circostanze fattuali concrete che facciano prefigurare contegni scorretti ed inadeguati (si ipotizzi, ad esempio, la percezione di altrui atteggiamenti distratti, o incerti, o delle precarie condizioni fisiche di un membro dell'*équipe*) o di cogliere veri e propri errori di condotta in cui taluno sia incorso. Un obbligo di tal genere riguarda tutti i membri dell'*équipe*; in caso di *équipe* gerarchicamente organizzata, esso si estrinsecherà nel segnalare al capo-*équipe* quanto eventualmente riscontrato».

³⁴⁵ M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, op. cit., p. 1196.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

plurisoggettivi. Precisamente, è possibile ritenere che in forza della funzione esonerativa dal controllo della condotta altrui propria del principio di affidamento, gli eventi che derivano dalla condotta colposa altrui rientrano, dal punto di vista dell'affidante, nell'area del rischio consentito³⁴⁶.

Ma questo "equilibrio" può venire meno. L'affidamento nel corretto comportamento altrui non è tutelato³⁴⁷ quando uno dei soggetti con cui si interagisce compia una condotta colposa, percepibile come tale da almeno uno degli altri operatori; oppure, nel caso in cui un membro del *team* percepisca circostanze, oggettive o soggettive, che lasciano supporre come verosimile l'allontanarsi di uno dei garanti dallo standard di diligenza nei suoi confronti esigibile, prefigurandosi così il rischio del verificarsi dell'evento che tutti garanti sono tenuti, *ope legis*, ad impedire. In altre parole, l'affidamento è infirmato dal fatto che si rendano palesi, nella situazione concreta, elementi e fattori idonei a costituire un motivo per dubitare nell'ordinario comportamento prudente o perito del cooperatore o degli altri medici³⁴⁸.

La dottrina maggioritaria ritiene dunque che, in contesti plurisoggettivi, ogni operatore sia gravato sia da *obblighi primari di diligenza*, relativi alle specifiche mansioni che – a seguito della previa divisione del lavoro – è chiamato a svolgere; sia da *obblighi secondari di vigilanza ed eventuale intervento* sulla percepita condotta altrui

³⁴⁶ M. MANTOVANI, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, *op. cit.*, p. 1054, il quale, precisato che il principio di affidamento si fonda sulla proiezione nei rapporti intersoggettivi dei doveri di diligenza riferibili a ciascuno dei soggetti coinvolti nel trattamento medico plurisoggettivo organizzato secondo il metodo della divisione del lavoro, evidenzia che l'effetto della sua applicazione è quello di evitare che gravi sull'affidante una sfera di rischi che rientra nella competenza altrui previamente predeterminata, legislativamente o per effetto di un atto organizzativo di divisione del lavoro. Quindi l'affidamento ha la funzione di ampliare i margini di operatività e rilevanza del rischio consentito: dal punto di vista dell'affidante sono "consentiti" quei rischi legati al comportamento negligente altrui. Ne consegue, inoltre che i concetti di "rischio consentito" e "affidamento" non si pongono su piani distinti e non comunicanti; al contrario, l'affidamento amplia il perimetro del rischio consentito. Con l'ulteriore conseguenza che, se l'affidamento amplia i margini del rischio consentito, allora quest'ultimo non può logicamente considerarsi fondamento del primo: il fondamento del principio di affidamento consiste nel riverberarsi su ogni consociato delle aspettative di comportamento corretto che l'ordinamento ha nei confronti dei singoli consociati, ed ha la funzione di determinare il comportamento dovuto da ciascuno, depurato – tendenzialmente – da obblighi di controllo e intervento sull'operato altrui, presumibilmente corretto.

³⁴⁷ Si parla frequentemente in dottrina di affidamento "temperato"; cfr. C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, *op. cit.*, p. 2838 e ss.

³⁴⁸ D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, *op. cit.*, p. 990 e ss.: fra i limiti all'operatività del principio di affidamento «viene in rilievo [...] la presenza nella situazione di fatto di indizi inequivoci, concreti e specifici, introdotti da particolari circostanze, che disvelino l'erroneità della gestione della sfera altrui».

difforme alle attese di diligenza³⁴⁹. Infatti, limitando il discorso al settore medico, tramite la percezione dell'altrui condotta colposa, è percepibile il rischio di realizzazione di un evento infausto che anche chi, in precedenza, si affidava alla correttezza della condotta altrui è tenuto ad evitare. Tramite questa percezione del rischio viene meno quel limite al dovere di diligenza rappresentato dal principio di affidamento, per cui sorge in capo a costui l'obbligo di adottare una condotta che fronteggi l'altrui inosservanza, sterilizzandone gli effetti. Il che costituisce un limite al principio di affidamento: viene meno in presenza di circostanze che facciano dubitare del fatto che il destinatario degli obblighi di diligenza, con cui ci si rapporta, assicuri la loro effettiva osservanza³⁵⁰.

Analizziamo la prospettata situazione ponendoci nell'ottica del garante, osservante le regole di condotta lui riferibili, che abbia percepito una situazione di pericolo tale da incrinare l'efficacia del principio di affidamento³⁵¹. Essendo garante del bene sottoposto a suo potere di intervento, appare evidente come questa percepita situazione di allarme possa (*rectius*, debba) determinare il suo attivarsi in funzione impeditiva dell'imminente probabile evento lesivo. Questo obbligo di "contro-azione"³⁵², null'altro è se non una riespansione dei doveri di diligenza connaturati alla posizione di garanzia del garante che abbia percepito l'errore o il pericolo, riespansione doverosa a causa della cessazione dell'affidamento (e della limitazione dei doveri cautelari che ne deriva) nei confronti del cooperante negligente. Chi percepisca il pericolo deve, insomma, adeguare la propria condotta in maniera tale da onorare il proprio obbligo di diligenza: ha l'obbligo, avendo

³⁴⁹ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, p. 220 e ss.; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, p. 87; E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, pp. 273 e ss.; N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, *op. cit.*, p. 412; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, *op. cit.*, 207: «[...] nell'attività medico-chirurgica in *équipe* si dovrebbe distinguere tra un obbligo primario ed un obbligo secondario del medico. L'obbligo primario si identificerebbe nel puntuale e corretto assolvimento dei propri compiti specifici (ed in ciò si esaurirebbe). L'obbligo secondario, avente ad oggetto la sorveglianza dell'operato altrui, sarebbe in realtà solo eventuale: esso sorgerebbe, infatti, unicamente qualora la fiducia nella correttezza dell'altrui operato dovesse venir meno, in base a specifici elementi concreti».

³⁵⁰ M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, *op. cit.*, p. 1196.

³⁵¹ G. IADECOLA, *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, *op. cit.*, p. 228.

³⁵² L'espressione è mutuata da A. ALESSANDRI, voce *Impresa (Responsabilità penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 198.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

percepito il pericolo, di evitare (se, in concreto, evitabile) l'evento lesivo, in conformità agli artt. 40 cpv. e 43 c.p.

Il fondamento normativo di questo obbligo di “contro-azione”, di questa modificazione o riespansione dei doveri cautelari precedentemente limitati dalla operatività del principio di affidamento, è stato ravvisato dalla dottrina dell'art. 2 Cost., ritenendolo espressione di un'istanza solidaristica rispetto al bene tutelato dai coobbligati garanti³⁵³. In definitiva, risiede nella stessa *ratio essendi* del principio di affidamento. Il fatto che ciascuno, in contesti plurisoggettivi, possa agire tenendo conto delle cognizioni nomologiche che ogni appartenente alla propria cerchia di rapporti è tenuto ad avere e possa correlativamente attendersi dagli altri il rispetto delle regole cautelari loro riferibili si spiega con «l'esigenza di assicurare ai singoli una certa “libertà d'azione”, altrimenti negata dalla necessità di tenere conto di tutto ciò che sia *possibile* prevedere»³⁵⁴. Ma tale principio vale, come dicevamo, finché non emergano in concreto circostanze tali da infirmare tale affidamento: «in questi casi l'esigenza di assicurare la libertà di azione cede il passo all'accresciuto pericolo di lesione dei beni giuridici [...]»³⁵⁵. Tale obbligo, gravante su colui che percepisca il pericolo rappresentato da una condotta altrui non diligente rispetto alle attese, deriva dal fatto che il proprio dovere di riconoscere il pericolo – che fonda la pretesa cautelare nei confronti di un determinato soggetto – risente sia delle conoscenze standard che derivano dal fatto di appartenere, per il fatto di esercitare una determinata attività, ad una determinata cerchia di rapporti, sia dalle circostanze del caso concreto che costituiscono l'occasione di applicare effettivamente quelle conoscenze nomologiche, eventualmente arricchite dalle conoscenze causali ulteriori che l'agente concreto dovesse avere. E fra le conoscenze causali ulteriori atte a modificare in senso ampliativo il dovere cautelare gravante su ciascuno, in contesti plurisoggettivi, rientra anche la percezione che la condotta di colui con cui si interagisce non sarà conforme a diligenza e costituisce un rischio di verifica di un evento lesivo³⁵⁶.

³⁵³ M. MANTOVANI, *Il principio dell'affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., p. 456 e ss.

³⁵⁴ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., p. 273.

³⁵⁵ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., p. 273.

³⁵⁶ In senso analogo, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., p. 272.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

In altre parole la libertà di azione ciascuno, vincolata, per effetto del principio di affidamento, al rispetto dei soli doveri cautelari che disciplinano il compito da svolgere in contesto plurisoggettivo, viene limitata – per effetto dell'inoperatività dell'affidamento stesso – nel caso in cui siano percepite circostanze tali da porlo nel nulla in quanto lasciano intravedere la possibilità che si verifichino eventi lesivi.

In ambito medico, qualora sia percepito l'anomalo operare del medico con cui si coopera, il singolo operatore non potrà più invocare il principio di affidamento e dovrà attivarsi al fine di prevenire o porre rimedio all'errore del collega, intervenendo direttamente sulla situazione in atto ovvero, nel caso di attività organizzata gerarchicamente, segnalando la disfunzione a chi in quella sede riveste la posizione apicale³⁵⁷.

II. 1. [Soglia di rilevanza dell'errore altrui] Si pone il problema della soglia di rilevanza dello scostamento della condotta altrui dallo standard cautelare il cui rispetto era oggetto di affidamento. Rileva qualsiasi errore, anche minimo, per porre nel nulla l'affidamento e far scattare un obbligo di diligenza supplementare di vigilanza ed eventuale emenda della condotta altrui? Oppure è necessario che la violazione cautelare assuma un'entità maggiormente pregnante?

Sul punto la dottrina sembra divisa. Secondo un primo orientamento³⁵⁸ il limite costituito dalla percezione di circostanze particolari è più rigoroso rispetto al concetto di prevedibilità dell'evento lesivo che vige, in generale, nell'ambito della teoria generale della colpa. Secondo questa ricostruzione, anche se l'evento lesivo non può considerarsi ancora prevedibile alla stregua delle conoscenze nomologiche dell'agente modello, il semplice concreto riscontro di una situazione sospetta o "poco chiara" è già tale da far venire meno la limitazione dei doveri cautelari operata dal principio di affidamento. Sarebbe sufficiente la percezione di un aumento delle probabilità del verificarsi di un comportamento irregolare, cioè la percezione di una maggiore probabilità che si verifichino violazioni di diligenza da parte del terzo.

³⁵⁷ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 236.

³⁵⁸ Cfr., anche per gli opportuni riferimenti alla dottrina tedesca, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., p. 285, nota 308.

Secondo altra ricostruzione, maturata in seno alla dottrina tedesca con riferimento al settore della circolazione stradale³⁵⁹, l'affidamento non è rimosso dall'errore insignificante, cioè quell'errore che può essere compiuto anche da un agente attento e scrupoloso. Se avesse rilevanza in tal senso un qualsiasi errore, anche di lievissima entità, tutti dovrebbero adeguare la propria condotta per compensare i rischi eventualmente derivanti dal percepito lieve errore; ma il risultato pratico sarebbe quello di vanificare, di fatto, l'operatività del principio di affidamento, il quale avrebbe un numero di eccezioni tale da non valere più come principio generale. Inoltre, le attività rischiose plurisoggettive sarebbero di fatto paralizzate da un obbligo di reazione all'altrui *defaillance* inteso in senso così lato.

II. 2. [Soglia di rilevanza dell'errore altrui; nella medicina d'*équipe*]. Merita di essere succintamente richiamato un noto caso giurisprudenziale³⁶⁰. Durante un intervento chirurgico emerse la necessità di effettuare una tracheotomia allo scopo di garantire la respirazione del paziente attraverso apposita cannula. Il chirurgo che si assunse il compito posizionò erroneamente la cannula una prima volta. Gli anestesisti gli segnalavano l'errore, ma il chirurgo non riuscì a rimediare all'errore. Il paziente perse la vita per la prolungata ipossia. Il giudice ha ritenuto esenti da colpa gli anestesisti dell'*équipe* proprio in applicazione del principio di affidamento, ritenuto applicabile nonostante avessero percepito, e segnalato allo stesso, l'errore del chirurgo. Quindi, in tal caso sembra si sia accolta quella interpretazione di matrice tedesca per cui non ogni errore è tale da compromettere l'applicabilità del principio di affidamento, ma solo errori che rendano ragionevolmente impossibile ritenere che colui con cui si coopera si atterrà al livello di diligenza a lui richiesto. Il che equivale a dire che la percezione di un'attività già colposa non esclude l'affidamento, riposto nell'eventualità che chi versi in colpa sia ancora capace di adeguare la propria condotta compensando e “sterilizzando” il precedente errore.

³⁵⁹ Cfr. per i riferimenti alla dottrina tedesca M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, op. cit., pp. 1198 e ss.

³⁶⁰ Pret. Verbania, 11 marzo 1998, Govoni e altri, in *Ind. pen.*, 1999, pp. 1187 e ss., con nota di M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*.

L'orientamento tuttavia non pare condivisibile in quanto sembra far dipendere la cessazione dell'operatività del principio di affidamento da uno stato soggettivo di assenza di fiducia dell'operatore nei confronti di colui il cui errore sia stato percepito.

Il principio di affidamento non tutela uno stato di soggettivo affidamento nella correttezza della condotta altrui ma una aspettativa obiettiva. Più precisamente, tutela l'aspettativa dell'ordinamento a che ciascuno rispetti le norme giuridiche che lo compongono e, di conseguenza, l'aspettativa di ciascuno a che i soggetti con cui coopera si atterrano al rispettivo standard cautelare oggettivo. Quindi, a rigore, quando sia percepita l'altrui incapacità di conformare la propria condotta allo standard di diligenza ciò è sufficiente a elidere l'applicabilità del principio di affidamento e la sua funzione di limitazione della quota di doveri cautelari gravante su ciascuno. Sul piano normativo, il rischio derivante dalla percezione dell'altrui possibile condotta colposa vale già a collocarlo al di fuori della sfera del consentito: l'evento che dovesse derivarne non potrebbe considerarsi atipico, purché, beninteso, sia possibile individuare un nesso di rischio fra questo e la condotta doverosa omessa dal soggetto che abbia percepito l'altrui negligenza e che quindi non possa invocare l'affidamento sulla sua correttezza³⁶¹.

Considerazioni, queste, che individuano, perciò, il momento in cui deve individuarsi la cessazione dell'affidamento nella correttezza del comportamento altrui: non nel momento in cui subentri una soggettiva sfiducia nella correttezza del comportamento altrui, ma quando, oggettivamente, sia riconoscibile immediatamente il rischio di una condotta altrui colpevole e, mediamente, il verificarsi di un evento lesivo. Il parametro da adottare, insomma, non è soggettivo-emozionale, ma unicamente oggettivo-normativo³⁶².

In questo modo si restituisce al principio di affidamento la sua funzione precipua di strumento di corretta perimetrazione, in contesti plurisoggettivi, del dovere di diligenza individuale, di regola non comprendente rischi che ricadono nella competenza altrui come tracciata in sede di ripartizione del lavoro fra i vari

³⁶¹ In termini analoghi, M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, op. cit., p. 1201 e ss.

³⁶² M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, op. cit., p. 1203.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

compartecipi. L'affidamento assume questa funzione proprio per il fatto che i doveri che ricadono sui vari soggetti coinvolti sono stati previamente divisi: in tal modo ciascuno è autorizzato a presumere, modellando di conseguenza il proprio personale comportamento sulla base di tale aspettativa, che gli altri adempieranno ai propri obblighi ottemperando allo standard oggettivo loro imposto.

L'affidamento “funziona” finché la realtà lasci supporre che ciò che è obiettivamente prescritto dalle *leges artis* si realizzerà; di conseguenza, non potrà trovare applicazione quando la realtà deponga difformemente, lasciando supporre che almeno uno dei operatori non rispetterà le regole il cui rispetto è doveroso nei suoi confronti per il fatto di agire come appartenente ad una certa cerchia di rapporti in cui si pretende un certo standard cautelare.

III. [Il principio di affidamento nella cooperazione medica multidisciplinare sincronica] Nell'ambito della cooperazione multidisciplinare sincronica, il principio di affidamento sembra trovare uno spazio applicativo particolarmente ampio³⁶³. Nei casi di divisione del lavoro in senso orizzontale, infatti, non è riscontrabile un obbligo di controllo reciproco normativamente fondato come invece riscontrabile – seppure, entro i limiti già analizzati – con riferimento ai rapporti strutturati gerarchicamente. L'interesse fondamentale, in vista della massima tutela del paziente, è quello di lasciare libero ogni cooperatore di adempiere liberamente ai propri compiti, senza l'obbligo di controllare continuamente la correttezza dell'operato altrui. Ciò è del resto conforme al nucleo fondamentale del principio di affidamento, che consiste precisamente nel fornire a ciascun cooperatore un ambito di libertà operativa relativamente ai compiti specificamente assegnati. Un dovere di controllo dell'operato altrui sarebbe infatti disfunzionale perché rallenterebbe i tempi di intervento e distrairebbe dal diligente espletamento delle proprie mansioni, oltre ad essere di fatto inapplicabile in contesti caratterizzati da urgenza.

³⁶³ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, op. cit., p. 62, la quale, con riferimento alla cooperazione fra medici di diversa specializzazione, evidenzia che «in questo particolare fattispecie [...] la divisione del lavoro tra i vari componenti opera in senso orizzontale, trattandosi di professionisti del medesimo rango professionale (posti a livello paritetico) dotati di specializzazioni cliniche differenti. Essi dovrebbero poter adempiere le loro funzioni in piena autonomia e nel rispetto delle *leges artis* dei rispettivi settori di appartenenza».

Come abbiamo in precedenza posto in luce, tuttavia, il principio di affidamento viene meno nei casi in cui sia percepibile che la condotta di uno o più dei propri operatori verosimilmente non rispetterà gli obblighi cautelari che ne conformano il contenuto in senso compatibile col livello di rischio consentito per quella specifica attività; il semplice indizio dell'altrui negligenza lascia intravedere mediatamente il pericolo di verifica di un evento lesivo, escludendo quella limitazione dei doveri cautelari operata dal non più invocabile principio di affidamento. Sorge dunque un obbligo cautelare aggiuntivo, di verifica ed eventuale intervento sulla condotta altrui, allo scopo di evitare che il fattore eziologico così attivato possa sfociare in un evento lesivo, del quale potrebbe dunque rispondere, concorsualmente, anche colui che, avendo percepito l'altrui negligenza, sia rimasto inerte e non abbia attivato quei rimedi possibili ed efficaci.

Si pone, evidentemente, il problema di stabilire in quali casi possa essere considerato percepibile ed evitabile l'errore altrui, posta l'insussistenza di un generalizzato obbligo di controllo dell'operato altrui.

Questo tema si scinde in due aspetti fondamentali:

a) *è configurabile un obbligo di controllo sull'operato altrui, tale da permettere l'eventuale percezione di un errore?*

b) *in contesti di cooperazione multidisciplinare, in cui, come abbiamo visto, interagiscono soggetti dotati di differente specializzazione, quali caratteristiche deve avere l'errore altrui per poter essere considerato percepibile da specialisti in diversi settori e, quindi, essere posto a suo carico in caso di mancata rilevazione con conseguente esito infausto?*

Con riferimento a questi aspetti, l'operatività del principio di affidamento – che, come tale, esclude che ciascuno debba controllare che altri, da presumersi autoresponsabili ed ugualmente vincolati al pieno e puntuale rispetto delle *leges artis*, compiano condotte colpose – sembra confinare la percezione dell'altrui errore alla mera eventualità, al puro caso. In altre parole, sembra potersi affermare che se, in linea di principio, ciascuno deve concentrarsi solamente sul corretto disimpegno dei compiti a lui assegnati, essendo autorizzato a fare affidamento sul fatto che gli altri facciano altrettanto, essendone ugualmente obbligati, allora la percezione dell'errore altrui non può considerarsi come autonomo dovere cautelare a ciascuno spettante.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

In effetti ciò si porrebbe in contrasto con la logica della divisione del lavoro su cui poggia la stessa *ratio* del principio di affidamento: che senso avrebbe dividere il lavoro fra più professionisti, peraltro esperti in branche della medicina differenti, se poi ciascuno dovrebbe, oltre a pensare al diligente compimento dei propri doveri, verificare ed eventualmente correggere la condotta altrui colposa, casualmente percepita come tale?

Tuttavia un simile argomentare potrebbe sembrare antisolidaristico, in quanto legittimerebbe ciascuno a disinteressarsi completamente dell'operato altrui. Così facendo «si rinuncia ad un coordinamento minimo tra i vari professionisti che cooperano al trattamento multidisciplinare»³⁶⁴ con conseguente rischio di vanificare la finalità stessa per cui il principio di affidamento è posto: garantire attraverso la divisione del lavoro la migliore cura per il paziente.

III. 1. [L'obbligo di controllo reciproco nella giurisprudenza di legittimità] Su questi aspetti la giurisprudenza, da tempo, è approdata ad un orientamento interpretativo costante. Ricorre frequentemente il principio giuridico per 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 medio³⁶⁵.

³⁶⁴ C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, op. cit., p. 2839.

³⁶⁵ Cfr. *ex multis*, Cass. Pen. Sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 41317, Raso e altri, in C.E.D. Cass., n. 237891, 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 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, Iaquina, in C.E.D. Cass., n. 234971: «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

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Quindi, mentre la dottrina nei casi di cooperazione multidisciplinare tende a ritenere che il principio di affidamento possa avere un ambito applicativo ampio – anche in considerazione della diversità di specializzazioni che non consente un controllo “nel merito” dell’operato altrui – e, di conseguenza, dovrebbe parlarsi in tali casi di affidamento “necessario”; al contrario, questo orientamento giurisprudenziale sembra porsi in linea di frontale contrasto con l’interpretazione sopra illustrata, postulando un obbligo di controllo e valutazione dell’operato altrui che si spinge fino all’intervento correttivo su errori che siano evidenti e non settoriali³⁶⁶.

In base a questa ricostruzione, la previa divisione del lavoro – contrariamente a quanto si verificherebbe applicando fedelmente il principio di affidamento – non esonera, di per sé, ciascuno di essi dal verificare la correttezza dell’altrui operato. A carico di ogni sanitario sarebbero configurabili obblighi di diligenza primari e obblighi di diligenza secondari³⁶⁷. I primi hanno ad oggetto il corretto espletamento delle proprie mansioni e il corretto coordinamento della propria attività con quella altrui; i secondi, meramente eventuali, sorgono solo nel

*essere da altri siano evidenti per un professionista medio»; Cass. Pen. Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 24036, Sarteanesi, in C.E.D. Cass., n. 228577: «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». Cass. Pen. Sez. IV, n. 2325/1999, Altieri ed altri, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 469 e ss., con commento di A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario diacronicamente plurisoggettivo*, e in *Il Nuovo diritto*, 2000, p. 605 e ss., con nota di A. CIAURI, *Colpa professionale di “équipe” medica in fattispecie di trapianto di organi: «nella fattispecie, relativa alla complessa procedura del trapianto di organi, ogni sanitario non potrà esimersi dal conoscere e valutare l’attività precedente o contestuale svolta da un altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza ponendo, se del caso rimedio – ovvero 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».**

³⁶⁶ L. RISICATO, *L’attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, *op. cit.*, pp. 62 e ss.: «[...] la Suprema Corte, Eppure per molto tempo ha mantenuto un approccio empirico e casistico alla tematica qui affrontata, sembra orientata persino in questo caso a configurare – forse appena più cautamente – obblighi reciproci di vigilanza e controllo dell’altrui operato. [...] In tal modo la Cassazione tenta di conciliare le esigenze di tutela della vita e dell’integrità psico-fisica del paziente con il carattere personale della responsabilità penale: il dovere del professionista di valutare l’attività del collega e la sua correttezza incontra il duplice limite della *rilevabilità* e *rimediabilità* degli errori altrui da parte di un medico *non specialista* nel settore interessato, oltre che della loro *prevedibilità* nella concreta situazione fattuale»; A. ROLATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, pp. 257 e ss.

³⁶⁷ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, p. 220 e ss.; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, pp. 88 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

momento in cui un membro del *team* operatorio percepisca un errore altrui relativo agli obblighi primari gravanti su quest'ultimo. A questo punto, cessando l'operare del principio di affidamento si attualizza un obbligo di valutazione e di intervento sull'operato del collega.

III. 2. [La configurabilità di obblighi di controllo reciproco, in relazione all'istituto della cooperazione colposa]

Questo orientamento interpretativo trae la sua ragion d'essere dalle esigenze di massimizzazione della tutela della salute del paziente di cui la giurisprudenza si fa carico. Ciò è permesso del resto da ragioni tecnico-giuridiche: a) la malleabilità del principio di affidamento e dei suoi limiti applicativi, molto ampi e scarsamente perimetrabili con precisione; b) il frequente utilizzo in chiave incriminatrice del combinato disposto di due clausole di incriminazione suppletiva³⁶⁸, gli artt. 40, comma 2 e 113 c.p., fornendo in tal modo aggancio normativo alla configurazione di obblighi cautelari secondari, volti al controllo della condotta altrui.

Per chiarire quanto affermato, pare utile riassumere brevemente i termini del dibattito sulla natura della cooperazione colposa³⁶⁹ e sui suoi rapporti col principio di affidamento.

³⁶⁸ L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, op. cit., passim.

³⁶⁹ Sul tema della cooperazione colposa cfr. F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, op. cit., passim; ID., *La cooperazione colposa*, in *Studium iuris*, 2000, p. 515; P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, op. cit.; F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi Delitala*, I, 1984, p. 74; G. BERSANI, *Appunti sulla funzione della cooperazione colposa nella sistematica del codice penale*, in *Riv. Pen.*, 1995, p. 999; E. BELFIORE, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in «équipe»*, op. cit., c. 169 e ss.; ID., *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, op. cit., pp. 265 e ss.; M. BOSCARELLI, *Contributo alla teoria del «concorso di persone nel reato»*, Padova, 1958, p. 98 ss.; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., pp. 63 e ss.; L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, op. cit., passim; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, pp. 821 e ss.; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957, p. 113 e ss., p. 124 e ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., pp. 451 e ss.; A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 609; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, op. cit., pp. 75 e ss.; L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, op. cit., p. 149 e ss.; ID., *Cooperazione in eccesso colposo: concorso «improprio» o compartecipazione in colpa «impropria»?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, pp. 579 e ss.; P. SEVERINO di BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., passim; M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956, pp. 73 e ss.; A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario «diacronicamente plurisoggettivo»*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, pp. 477 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. 2. 1. [La cooperazione colposa: brevi note storico-dogmatiche] Com'è noto, l'art. 113 – assente nel codice Zanardelli – è stato nel codice Rocco per risolvere *de imperio* il problema dall'ammissibilità del concorso di persone nel delitto colposo, sulla cui configurabilità si dubitava stante l'asserita incompatibilità della mancanza di volizione, che caratterizza la colpa, con il requisito del “previo accordo” che, all'epoca, era considerato elemento indefettibile del concorso di persone nel reato³⁷⁰.

Con la codificazione dell'art. 113 c.p. le problematiche relative all'istituto si spostarono dalla sua ammissibilità, ora indubitabile, alla sua distinzione con la figura attingua ed affine del concorso di cause colpose indipendenti, *ex* art. 41, comma 3 c.p.³⁷¹ ed alla funzione dell'art. 113: di mera disciplina o anche incriminatrice?

I due problemi sono strettamente interconnessi, dato che se si dovesse riconoscere all'art. 113 c.p. una funzione incriminatrice, si differenzerebbe la sua funzione rispetto all'art. 41, comma 3, norma che si riferisce ad una pluralità di reati con un unico evento, in cui quindi ogni condotta – colposa e causale rispetto ad uno stesso evento – integra di per sé una fattispecie incriminatrice di parte speciale.

III. 2. 1. 1. [La funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p., con particolare riferimento ai reati causalmente orientati] Attualmente sembra maggioritaria in dottrina una concezione volta a riconoscere funzione incriminatrice all'art. 113 c.p. sia con riferimento alle fattispecie a forma vincolata e ai reati propri, sia con riferimento ai reati causali puri, ipotesi maggiormente problematiche³⁷². Come ogni clausola di incriminazione suppletiva, al pari dell'art. 110 c.p., l'art. 113 avrebbe la funzione di estendere l'area dell'ordinamento penale. Questa funzione contempla due aspetti fondamentali: a) anzitutto, permette di fornire qualificazione giuridica a comportamenti che, in una prospettiva monosoggettiva, sarebbero atipici; b) permette inoltre di applicare ad essi una particolare disciplina giuridica,

³⁷⁰ F. CARRARA, *Grado nella forza fisica del delitto. Opuscoli di diritto criminale*, I, Lucca, 1870, p. 351.

³⁷¹ L. CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti*, I e II, in *Ind. Pen.*, 2001, pp. 645 e ss., e 1063 e ss.

³⁷² F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, *op. cit.*, p. 150; F. ANGIANI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, *op. cit.*, p. 74; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 73; F. DASSANO, *Colpa specifica ex art. 586 c.p. e funzione incriminatrice dell'art. 113; una erronea applicazione in un'ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1977, p. 411.

appositamente dettata per le ipotesi in cui un fatto di reato sia compiuto plurisoggettivamente; essenzialmente, l'applicazione di particolari circostanze del reato, previste agli artt. 111, 112, 114, ecc.

L'estensione dell'area dell'ordinamento penale si traduce in una estensione della tipicità: il combinato disposto fra una fattispecie incriminatrice di parte speciale e una clausola di incriminazione suppletiva come l'art. 113, al pari del 110, permette di creare una nuova fattispecie, che include comportamenti – come detto – atipici in una prospettiva monosoggettiva³⁷³.

Si è a lungo dubitato del fatto che tale funzione incriminatrice, propria dell'art. 113, coinvolga sia fattispecie a condotta vincolata, sia fattispecie causalmente orientate. Mentre nel primo caso ciò si è ritenuto possibile³⁷⁴ – non ostando il fatto che l'art. 113 apparentemente escluda dal suo raggio applicativo i reati di mera condotta ragionando di «evento»³⁷⁵ – le maggiori perplessità si sono riscontrate con riferimento ai reati causali puri, relativamente ai quali larga parte della dottrina ritiene che l'art. 113 possa avere una funzione di mera disciplina con riferimento a comportamenti già di per sé colposi in quanto tipici già sul piano monosoggettivo. Infatti, ogni contributo colposo astrattamente rilevante *ex art. 113 c.p.* si caratterizza per la violazione una regola cautelare e per la derivazione eziologica dell'evento da esso. Quindi, tali contributi sarebbero già autonomamente incriminabili per effetto delle fattispecie di parte speciale e non vi sarebbe alcun bisogno dell'art. 113, se non per applicarvi la specifica disciplina concorsuale³⁷⁶.

³⁷³ L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, *op. cit.*, p. 134.

³⁷⁴ F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, p. 180; F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, *op. cit.*, p. 74; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 73; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, *op. cit.*, p. 530 e ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, *op. cit.*, p. 440.

³⁷⁵ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 74. Nell'art. 113 c.p. l'evento deve essere inteso non in senso naturalistico, ma in senso giuridico; altrimenti, si dovrebbe applicare la stessa conclusione all'art. 43: ragionando anch'esso di evento, non sarebbe, a rigore, applicabile ai reati di mera condotta.

³⁷⁶ M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, *op. cit.*, p. 113. Nella manualistica, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 532: «[...] valorizzando la struttura prettamente normativa della colpa, ci si avvede che la supposta funzione incriminatrice [...] dell'art. 113 può essere fortemente posta in dubbio almeno in relazione alla categoria degli *illeciti c.d. causalmente orientati*». In questo genere di reati «nella forma colposa di realizzazione, la condotta sarà tipica se, oltre ad esplicare efficacia causale, si porrà in contrasto con dovere obiettivo di diligenza. Ne deriva allora che [...] l'istituto della cooperazione può apparire superfluo, essendo ciascun fatto causalmente orientato punibile alla stregua della norma incriminatrice di parte speciale incentrata sull'autore singolo. [...] L'art. 113 possiede, rispetto alle fattispecie causalmente orientate [...] soltanto la funzione di sottoporre le eventuali ipotesi di collaborazione

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. 2. 1. 2. [La tesi del legame psicologico fra i concorrenti come elemento discrezionale fra la cooperazione colposa ed il concorso di cause colpose indipendenti] Attualmente tale posizione è stata sottoposta a critica, potendo ipotizzarsi comportamenti di cooperazione alla causazione dell'evento che non si pongono in diretto contrasto con una regola cautelare: svincolato dalle altre condotte con cui il singolo contributo interagisce, questo non potrebbe costituire un reato colposo a sé³⁷⁷.

In particolare, contributi dottrinari recenti hanno ricondotto la colpa nella cooperazione all'interno di quella concezione normativa che già da decenni informa di sé la colpa monosoggettiva. Nella cooperazione colposa, a differenza di quanto accade nel concorso di persone doloso, la tipicità non si individuerrebbe col riferimento alla causalità del contributo rispetto all'evento. Nella prospettiva dell'art. 113 deve considerarsi fra gli antecedenti causali da prendere in considerazione solo quello che violi una regola di condotta a contenuto cautelare. La tipicità della cooperazione colposa deve essere ricostruita – come accade nella colpa monosoggettiva – in termini normativi³⁷⁸.

All'interno di questa corrente interpretativa, la dottrina si divide relativamente al contenuto che devono avere gli obblighi cautelari violati per rilevare *ex art.* 113.

Secondo una prima impostazione, tali doveri cautelari in nulla si differenzerebbero rispetto a quelli rilevanti in prospettiva monosoggettiva: deve dunque trattarsi di regole di condotta atte a eliminare o ridurre il rischio di verificazione di un certo evento, quindi regole che disciplinano in senso non rischioso lo svolgimento di una determinata attività potenzialmente pericolosa. Seguendo questa ricostruzione, sul piano prettamente normativo non vi sarebbe alcuna differenza fra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti. Mentre alcuni autori traggono da tale premessa la naturale conclusione

ad un regime penale diverso da quello che si avrebbe applicando le sole fattispecie monosoggettive di parte speciale».

³⁷⁷ A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 615.

³⁷⁸ P. ALDROVANDI, *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, *op. cit.*, p. 50; G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 78; P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 62.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

che l'art. 113 sarebbe norma fondamentale inerte e che dovrebbe, in una prospettiva di riforma, essere eliminata dal codice penale³⁷⁹; per altri autori³⁸⁰ la distinzione fra 113 e 41, comma 3, dovrebbe essere rinvenuta non già sul piano normativo, ma su quello dell'elemento psicologico: la differenza fra la cooperazione colposa e il concorso di cause colpose indipendenti dovrebbe rinvenirsi nella reciproca consapevolezza di cooperare che è propria di chi prende parte ad una attività svolta plurisoggettivamente. Precisamente, tale requisito consiste nella consapevolezza di ciascuno relativamente al fatto che il proprio contributo andrà ad inserirsi in un contesto interattivo e dunque si compenetrerà ai contributi realizzati dagli altri compartecipi.

Relativamente al contenuto di tale consapevolezza, secondo una prima impostazione, si risolve nella mera rappresentazione della condotta esteriore degli altri concorrenti, mentre non può richiedersi l'esatta rappresentazione di tutte le caratteristiche dell'azione altrui, in quanto altrimenti si verserebbe in dolo³⁸¹. Secondo altra opinione, l'art. 113 richiederebbe anche la consapevolezza del carattere colposo della condotta altrui³⁸², in maniera tale da aversi una adesione volontaria all'imprudenza altrui³⁸³. Questa impostazione non ha mai trovato

³⁷⁹ F. ANGIONI, *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, op. cit., p. 74 e ss.

³⁸⁰ L'opinione è largamente maggioritaria in dottrina. Cfr. P. ALDROVANDI, *Art. 113*, in T. PADOVANI (a cura di) *Codice penale*, Milano, 2000, pp. 582 e ss.; L. ALESIANI, *Art. 113*, in G. MARINI-M. LA MONICA-L. MAZZA (diretto da), *Commentario al codice penale*, I, Torino, 2002, p. 815; S. CORBETTA, *Art. 113*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2006, p. 1166; G. GRASSO, *Art. 113*, in M. ROMANO-G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, p. 180; E. BATTAGLINI, *In tema di concorso di più persone in un reato colposo*, in *Giust. Pen.*, 1931, p. 319; G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone in delitto colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1930, p. 672; C. CERTO, *Sulla consapevolezza del concorso nella partecipazione colposa*, Messina, 1963; T. GALIANI, *Aspetti problematici del concorso di persone nel reato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in AA.VV., *Evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, *Raccolta di studi*, 1984, p. 277; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, op. cit., pp. 113 e ss.; A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 615 e ss.; ID., *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964, p. 166 e ss.; M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956, p. 73 e ss.

³⁸¹ M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, op. cit., p. 125, nella cui prospettiva, peraltro, i reati colposi sono da considerarsi tutti causalmente orientati; pertanto l'art. 113 c.p. svolgerebbe in tal caso una funzione di mera disciplina. Cfr. altresì, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 557; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 537.

³⁸² M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, op. cit., p. 80; ID., voce *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 897; A. R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, op. cit., p. 183; G. BETTIOL, *Sul concorso di più persone in delitto colposo*, op. cit., p. 676; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 194.

³⁸³ Cfr. A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 614; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, op. cit., p. 181. I fautori di tale impostazione considerano l'art. 113 come dotato di una funzione incriminatrice anche con riferimento ai reati causali puri, quando si tratti di condotte meramente agevolatorie e non direttamente condizionali.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

accoglimento. In particolare, recentemente è stato evidenziato come sconti «da *deminutio* di una lettura della colpa in chiave prettamente psicologica: di conseguenza non può trovare una sistematizzazione coerente se non nell'alveo dell'accessorietà»³⁸⁴.

III. 2. 1. 3. [L'interpretazione del 113 c.p. alla luce della concezione normativa della colpa] In tempi recenti, acquisita la concezione normativa della colpa sul piano monosoggettivo³⁸⁵, autorevole dottrina ha cercato di trasporre tale risultato nell'interpretazione dell'art. 113 c.p.. Tratto comune alle diverse teorie è – oltre, ovviamente, alla necessità di abbandonare del tutto una concezione della colpa in senso meramente psicologico – la ritenuta insufficienza del requisito strutturale del legame psicologico fra le condotte per applicare una disciplina maggiormente rigorosa come quella concorsuale: un contingente legame di reciproca consapevolezza di concorrere non aggiungerebbe un apprezzabile disvalore aggiuntivo rispetto alla affine ipotesi di concorso di cause colpose indipendenti.

III. 2. 1. 3. 1. [Tesi della prevedibilità dell'altrui condotta colposa] In questo solco si colloca l'opinione di chi ha ritenuto essenziale ai fini della configurazione di una ipotesi di cooperazione colposa la prevedibilità dell'altrui condotta colposa come concorrente con la propria³⁸⁶. Tale elemento permetterebbe di fondare il rimprovero per colpa: attraverso tale elemento normativo, la prevedibile violazione cautelare altrui permette l'imputazione dell'evento, in quanto riconoscibile in via mediata attraverso, appunto, l'altrui violazione cautelare. Questo criterio conferisce all'art. 113 una funzione diversa a seconda che si considerino i reati causalmente orientati o i reati a condotta vincolata. Nel primo caso, il criterio della prevedibilità della condotta altrui colposa attribuirebbe all'art. 113 una funzione di disciplina relativamente a condotte già tipiche monosoggettivamente. Con riferimento, invece,

³⁸⁴ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 146.

³⁸⁵ M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1958, p. 60; ID., voce *Colpa penale (dir. vig.)*, *op. cit.*, p. 634; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, *op. cit.*, p. 85 e ss.; ID., *Il reato come "azione". Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 112 e ss.; T. PADOVANI, *Il grado della colpa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1969, p. 864 e ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, *passim*.

³⁸⁶ P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 113.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

ai reati a condotta vincolata, assistiamo ad un pieno esplicarsi della funzione incriminatrice dell'art. 113 c.p., purché il partecipe abbia integrato sia la misura oggettiva, sia quella soggettiva della colpa³⁸⁷: l'art. 113 c.p. attribuisce rilevanza, in sede concorsuale, ad una condotta originariamente atipica rispetto alla fattispecie monosoggettiva.

III. 2. 1. 3. 2. [Tesi della violazione di regole cautelari secondarie] Altra ricostruzione³⁸⁸ degna di menzione ha preso le mosse dalla critica all'orientamento interpretativo che considera il legame psicologico fra i compartecipi, cioè la consapevolezza di concorrere con altri ad un fatto plurisoggettivo, come requisito indefettibile della cooperazione colposa e come criterio distintivo fra questa ipotesi ed il concorso di cause colpose indipendenti³⁸⁹. Tale ipotesi sarebbe accettabile se si muovesse dal presupposto che tutti i contributi concorsuali, *ex art. 113 c.p.*, siano già di per sé tipici rispetto alla fattispecie di parte speciale, e, di conseguenza, il legame psicologico tra le condotte servirebbe unicamente ad applicare – nell'ambito dei reati causali puri – la disciplina concorsuale. Si sostiene, quindi, che la piena affermazione delle concezioni normative della colpa impone, anche in sede concorsuale, di ravvisare, a monte di un asserito comportamento di partecipazione, una violazione cautelare.

Fra le regole cautelari – normalmente volte a fornire all'agente che eserciti un'attività rischiosa un protocollo comportamentale atto a evitare o ridurre il rischio di verificazione dell'evento lesivo – ne sono individuabili alcune di una tipologia particolare: sono dirette non al proprio ma all'altrui comportamento, imponendone la verifica, il controllo, l'impedimento³⁹⁰. Si tratterebbe di regole cautelari c.d. «secondarie», volte non già direttamente ad evitare l'evento lesivo, ma ad evitare un comportamento altrui pericoloso e dunque – mediatamente – ad evitare l'evento lesivo. Quindi l'art. 113 permetterebbe di dare tipicità, quindi rilevanza penale, alla violazione di questo genere di regole cautelari e, di conseguenza, è possibile

³⁸⁷ P. SEVERINO DI BENEDETTO, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 123.

³⁸⁸ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, pp. 63 e ss.

³⁸⁹ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, pp. 86 e ss.

³⁹⁰ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 88.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

apprezzare una sostanziale differenza strutturale fra la colpa monosoggettiva e quella rilevante *ex art. 113*. Mentre nella colpa monosoggettiva il soggetto risponde per la violazione di una regola cautelare che si ponga in nesso di rischio con l'evento in concreto realizzatosi, nel caso dei comportamenti atipici di partecipazione il partecipe risponde dell'evento se la condotta ha agevolato o determinato la condotta colposa dell'esecutore principale ed egli abbia agito nonostante la rappresentabilità di tale condotta, elemento che fa sorgere l'obbligo di conformare il proprio comportamento ad una regola cautelare "secondaria" che mirava a prevenire l'evento imponendo l'adozione di ulteriori cautele³⁹¹.

Assumendo, dunque, che l'art. 113 c.p. permetta di conferire tipicità a condotte che violano specifiche regole cautelari, caratterizzate dal fatto di essere rivolte non al proprio ma al comportamento altrui, non si omette di precisare che colui che violi tali regole non risponderà per un qualsiasi evento che dovesse causalmente derivarne, ma solo per ciò che fosse prevedibile ed evitabile rispettando l'obbligo cautelare secondario.

In ultima analisi «l'imputazione concorsuale della condotta di cooperazione colposa, atipica rispetto alla esecuzione della fattispecie monosoggettiva, non si basa su di un rapporto psichico, ma sull'inosservanza di una regola cautelare avente ad oggetto l'altrui comportamento e finalizzata ad impedire che questo possa rappresentare una fonte di pericolo di eventi lesivi»³⁹².

Questa ricostruzione, come appare evidente, poggia sulla teoria dell'accessorietà nel senso che il contributo atipico in prospettiva monosoggettiva, pur contrastante con un obbligo cautelare secondario, rimane atipico in assenza di una condotta principale colposa³⁹³.

Con riferimento al rapporto fra l'art. 113 c.p. ed il principio di affidamento, questa ricostruzione sembra solo apparentemente coerente con quanto affermato con riferimento al limite generale all'applicabilità di tale principio. La genesi del dovere cautelare secondario di controllo ed eventuale impedimento della condotta altrui colposa sorge se questa sia rappresentabile al soggetto agente. In altre parole si

³⁹¹ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 89.

³⁹² G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 91.

³⁹³ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 91.

fa riferimento ad un criterio normativo meramente potenziale. Riteniamo al contrario che non sia auspicabile l'adozione di un simile criterio, posto che la valutazione della rappresentabilità in concreto dell'altrui condotta colposa può dare luogo a soluzioni largamente opinabili. Riteniamo, invece, che sia opportuno predicare la generale applicabilità del principio di affidamento, tale che ciascuno di regola possa conformare il proprio comportamento a quanto prescritto dalle regole cautelari che disciplinano la propria specifica attività; mentre un obbligo di diligenza secondario può sorgere non già quando sia rappresentabile l'altrui condotta colposa, giacché tale rappresentabilità, in astratto è sempre possibile, ma solo nel momento in cui siano percepite circostanze concrete che siano tali da infirmare la generale aspettativa di affidabilità altrui.

III. 2. 1. 3. 3. [Tesi della indistinzione fra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti] Un'altra autorevole e recente voce dottrina³⁹⁴, nel valorizzare una lettura dell'art. 113 c.p. in chiave normativa, con conseguente completo affrancamento da ogni elemento di carattere psicologico – non previsto da alcuna norma come requisito irrinunciabile del concorso colposo – ha ritenuto che l'art. 113 c.p. non si distingua strutturalmente dal concorso di cause colpose indipendenti, consistendo anch'esso in una pluralità di violazioni cautelari. La condotta di cooperazione va quindi ricostruita non sulla base di elementi completamente estranei al dato normativo ed alla attuale dominante concezione normativa della colpa, ma sulla base del contenuto delle regole cautelari in concreto violate: ciò che conta è il «tipo di regola prudenziale violata e [...] l'oggetto del suo scopo preventivo»³⁹⁵.

In base al loro scopo preventivo, si distinguono due tipologie di regole cautelari. Da un lato, quelle volte a neutralizzare una determinata situazione di rischio e il cui rispetto è posto a carico di tale situazione è deputato a fronteggiare; dall'altro, le eccezionali e tassative «regole cautelari di secondo grado», volte a prevenire la produzione di un evento tipico per effetto dell'altrui comportamento:

³⁹⁴ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., pp. 453 e ss.

³⁹⁵ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., pp. 451 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

sono regole che contemplano l'obbligo di coordinare la propria condotta rischiosa con quella altrui in modo che dal loro operare sinergico non derivi l'evento tipico non voluto³⁹⁶, e la cui operatività è condizionata al venir meno del principio di affidamento. In altre parole, «il coordinamento delle singole attività pericolose discende direttamente dal rispetto delle singole norme cautelari» sul cui rispetto da parte di ciascun soggetto con cui ci si trovi a cooperare è possibile fare affidamento. Solo qualora così non fosse, vengono in rilievo tali obblighi cautelari ulteriori³⁹⁷.

L'art. 113 c.p. opera, secondo questa ricostruzione, in presenza di una pluralità di negligenze causali, anche eterogenee. Dato, quindi, che è sufficiente la verifica di una pluralità di violazioni cautelari, scompare ogni distinzione – rilevando residualmente solo sotto il profilo descrittivo – fra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti: in entrambi i casi trova applicazione l'art. 113 c.p..

Anche la giurisprudenza di legittimità pare prestare attenzione, nel ravvisare la sussistenza della fattispecie del concorso colposo, alla tipologia di regola cautelare che viene violata nello specifico. Casi che paiono inserirsi nel solco interpretativo sopra tracciato sono stati valutati dalla Suprema Corte con riferimento al controverso tema del concorso colposo nel delitto doloso, ritenuto ammissibile purché, tra l'altro, la regola cautelare violata mirasse anche a prevenire fatti dolosi di terzi, dunque prevedibili³⁹⁸.

³⁹⁶ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., p. 454.

³⁹⁷ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., p. 455.

³⁹⁸ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 14 novembre 2007, n. 10795, Pozzi, in C.E.D. Cass., n. 238957: «Il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, sia nel caso in cui la condotta colposa concorra con quella dolosa alla causazione dell'evento secondo lo schema del concorso di cause indipendenti, sia in quello di vera e propria cooperazione colposa, purché in entrambi i casi il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella sua condotta siano effettivamente presenti tutti gli elementi che caratterizzano la colpa. In particolare è necessario che la regola cautelare violata sia diretta ad evitare anche il rischio dell'atto doloso del terzo, risultando dunque quest'ultimo prevedibile per l'agente. (Fattispecie avente ad oggetto il caso di un medico psichiatra, il quale, sospendendo in maniera imprudente il trattamento farmacologico cui era sottoposto il paziente ricoverato in una comunità, ne aveva determinato lo scompenso psichico, ritenuto la causa della crisi nel corso della quale lo stesso paziente, poi ritenuto non imputabile, aveva aggredito ed ucciso uno degli operatori che lo accudivano)»; Cass. Pen., Sez. IV, 12 novembre 2008, n. 4107, Calabrò e altro, in C.E.D. Cass., n. 242831: «Il concorso colposo è configurabile anche rispetto al delitto doloso, sia nel caso in cui la condotta colposa concorra con quella dolosa alla causazione dell'evento secondo lo schema del concorso di cause indipendenti, sia in quello della cooperazione colposa purché, in entrambi i casi, il reato del partecipe sia previsto dalla legge anche nella forma colposa e nella sua condotta siano presenti gli elementi della colpa, in particolare la finalizzazione della regola cautelare violata alla prevenzione del rischio dell'atto doloso del terzo e la prevedibilità per l'agente dell'atto del terzo. (In applicazione del principio, la Corte ha ritenuto configurabile il concorso colposo dei medici che avevano consentito il rilascio del porto d'armi ad un paziente affetto da gravi problemi di ordine psichico, nei delitti

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. 2. 2. [Recenti approdi interpretativi in tema di cooperazione colposa: l'obbligo di prudente interazione come limite al principio di affidamento] Recentemente è stato riproposto il criterio della consapevole adesione al fatto colposo altrui come elemento capace, *ex art. 113 c.p.*, di dare rilevanza penale non solo a comportamenti monosoggettivamente atipici in quanto non contrastanti con alcuna regola cautelare, ma anche a comportamenti che, pur colposi, non si pongono in connessione causale immediata rispetto all'evento lesivo cagionato³⁹⁹. Secondo questa innovativa ricostruzione, il legame psicologico fra i compartecipi, o meglio la consapevolezza che il proprio contributo si legherà sinergicamente col contributo altrui, non è da intendersi come elemento meramente psicologico ma come contrassegno specifico che caratterizza ogni fattispecie plurisoggettiva: tanto il 110 c.p. quanto il 113⁴⁰⁰. Proprio questo elemento, generando un disvalore ulteriore rispetto alla fattispecie colposa monosoggettiva ed al concorso di cause colpose indipendenti, giustifica la funzione estensiva dell'area di rilevanza penale con riferimento a condotte di per sé prive di una rigorosa connessione di rischio con l'evento lesivo in quanto «dotate di una pericolosità ancora astratta ed indeterminata rispetto al fatto colposo realizzato in cooperazione»⁴⁰¹. Dunque, in questo insieme di ipotesi, tale legame psicologico fra le condotte permetterebbe di attribuire funzione incriminatrice all'art. 113 c.p..

Deve tuttavia precisarsi che, secondo questa recente impostazione, la consapevolezza di concorrere con altri alla realizzazione di un fatto plurisoggettivo non deve essere intesa in senso meramente psicologico, ma in senso normativo: ciò che qualifica la fattispecie di cui all'art. 113 c.p., distinguendola dall'occasionale

dolosi di omicidio e lesioni personali commessi dal paziente il quale, dopo aver conseguito il porto d'armi, aveva con un'arma da fuoco colpito quattro passanti, ucciso la propria convivente ed una condomina, ed infine si era suicidato)».

³⁹⁹ L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁰⁰ F. ALBEGGANI, *I reati di agevolazione colposa*, *op. cit.*, p. 190; L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, *op. cit.*, p. 164; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, *op. cit.*, p. 134

⁴⁰¹ L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, *op. cit.*, p. 167: «[...] la ratio essenziale della funzione estensiva della punibilità dell'art. 113 c.p. consiste nella possibilità di superare [...] la rigorosa connessione di rischio richiesta espressamente dall'art. 43 c.p. tra la regola cautelare violata e l'evento lesivo cagionato, sempre che sussista, in colui che coopera, la consapevolezza di concorrere al fatto materiale altrui, che vale appunto a rimuovere le scorie di *versari* altrimenti incombenti sulla responsabilità colposa. Solo su questa base acquistano rilievo penale condotte dotate di pericolosità ancora astratta ed indeterminata rispetto al fatto colposo realizzato in cooperazione».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

concorso di fattori colposi indipendenti, è il fatto che fra le condotte dei compartecipi si sia instaurata una connessione di rischio.

Relativamente al tema che ci occupa, appare di particolare interesse l'affermazione⁴⁰² per cui rispetto a chi consapevolmente concorre con altre persone alla realizzazione di un illecito non potrebbe operare il principio di affidamento. Il contesto di consapevole interazione, nel quale assume rilevanza la fattispecie in analisi, determina un ampliamento dei doveri cautelari gravanti su ciascun compartecipe, fino a ricomprendere la – normalmente irrilevante, in una prospettiva monosoggettiva – prevedibilità di possibili conseguenze lesive derivanti dal fatto altrui, da considerarsi tuttavia comune⁴⁰³.

Ne consegue il superamento del principio di affidamento. In una prospettiva monosoggettiva tale principio limita i doveri cautelari gravanti su ciascuno, escludendo rilevanza penale alla prevedibilità del comportamento colposo altrui, salvo che non sussistano indizi concreti circa l'altrui inaffidabilità. Ma in una prospettiva plurisoggettiva caratterizzata dalla consapevolezza di concorrere con altri, si crea una situazione di cogestione del rischio, che determina l'insorgere di un obbligo cautelare di prudente interazione tale da annullare la vigenza del principio di affidamento⁴⁰⁴.

In altre parole, mentre in una prospettiva monosoggettiva, il principio di affidamento ha la funzione di collocare nell'area della irrilevanza penale la astratta prevedibilità della condotta colposa altrui, in contesto plurisoggettivo, ciascuno dei compartecipi, oltre ad essere gravato da regole cautelari relative alla propria specifica attività, è gravato da un obbligo di prudente interazione, derivante dalla consapevolezza che l'apporto di ciascuno confluirà interattivamente nel contributo altrui; il che basta ad invalidare l'operatività del principio di affidamento: ciascuno dovrà valutare che dalla stessa interazione non derivino eventi lesivi.

⁴⁰² L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, op. cit., p. 139.

⁴⁰³ L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, op. cit., p. 168.

⁴⁰⁴ L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, op. cit., p. 169: «Solo la consapevole interazione tra le condotte dei concorrenti consente all'interprete di superare di slancio e senza residue perplessità il principio di affidamento, solido argine della tipicità colposa monosoggettiva». Tale elemento «fa sì che l'intero fatto sia proprio, al tempo stesso, dell'autore e del partecipe e che dunque l'uno non assuma più rispetto all'altro la veste di "terzo" (più o meno "affidabile")».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Questa impostazione appare essere attualmente seguita dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione. In particolare, un recente caso giurisprudenziale⁴⁰⁵, reso in settore differente dal quello della responsabilità medica, ha riguardato la colposamente maldestra e violenta procedura di arresto di un giovane in preda a delirio cocainico. Le manovre che hanno condotto, dopo diverse difficoltà, all'immobilizzazione dell'arrestato, lo hanno condotto a morte. Tutti gli agenti di polizia a vario titolo coinvolti nella vicenda sono stati imputati per eccesso colposo in adempimento del dovere in cooperazione.

Sono le considerazioni rese dalla S.C. in tema di cooperazione colposa ad essere particolarmente interessanti ai nostri fini, in quanto chiariscono l'attuale posizione della Corte di legittimità relativamente al complesso tema del rapporto fra art. 113 c.p. e principio di affidamento. In pieno accoglimento rispetto alla ricostruzione da ultimo esposta, la S.C. ha chiarito che *«La cooperazione nel delitto colposo si distingue dal concorso di cause colpose indipendenti per la necessaria reciproca consapevolezza dei cooperanti della convergenza dei rispettivi contributi, che peraltro non richiede la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui condotta in tutti quei casi in cui il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge ovvero da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio o, quantomeno, sia contingenza oggettivamente definita della quale gli stessi soggetti risultino pienamente consapevoli. (Fattispecie in tema di omicidio colposo relativo alla causazione da parte di agenti di polizia della morte di un arrestato per l'imprudente gestione delle procedure di immobilizzazione dello stesso. Nell'occasione la Corte ha precisato che la disciplina della cooperazione nel delitto colposo ha funzione estensiva dell'incriminazione, coinvolgendo anche condotte meramente agevolatrici e di modesta significatività, le quali, per assumere rilevanza penale, devono necessariamente coniugarsi con comportamenti in grado di integrare la tipica violazione della regola cautelare interessata)»*.

Nella motivazione, la sentenza – a parte l'interessante questione relativa alla corretta configurazione nell'ambito della colpa dell'eccesso colposo in causa di giustificazione di cui all'art. 55 c.p.⁴⁰⁶ – si dedica principalmente all'individuazione

⁴⁰⁵ Cass. Pen. Sez. IV, 2 dicembre 2008, n. 1786, Tomaccio e altri, in C.E.D. Cass., n. 242566, e in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, con nota di L. RISICATO, p. 578 e ss.

⁴⁰⁶ Al riguardo la sentenza chiarisce che tale rimprovero ha natura realmente colposa: *«[...] non si è in presenza della classica configurazione della colpa definita dall'art. 43 c.p.: una condotta che determina un evento che non si è voluto e si*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

dell'esatta funzione dell'istituto della cooperazione colposa con riferimento ai reati causali puri. Premesso che in tali contesti⁴⁰⁷ la norma ha funzione incriminatrice rispetto a condotte che sarebbero atipiche in una prospettiva monosoggettiva in ragione della loro pericolosità ancora astratta o incompleta, la S.C. si concentra sulla distinzione fra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti, individuandone il *discrimen*, conformemente a quanto ritenuto «*tanto dalla dottrina prevalente che dalla giurisprudenza*», nella c.d. *scientia maleficii*, cioè nella «*consapevolezza di concorrere con la propria all'altrui azione, di fascio di volontà cooperanti nel porre in essere il fatto incriminato*». È tale consapevolezza di cooperare con altri – da intendersi limitata al mero contributo altrui, non anche alla sua colposità⁴⁰⁸ – a fare «*da collante tra le diverse condotte, delineandone la cooperazione*». Il rischio di una eccessiva dilatazione dello spettro applicativo della norma in analisi viene ritenuto arginabile «*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*

verifica a causa di negligenza, imprudenza o imperizia. Il rimprovero che viene mosso all'agente che eccede rispetto ai limiti della scriminante non ha a che fare direttamente con l'atteggiamento interiore in rapporto all'evento. Il rimprovero viene senza dubbio riferito all'archetipo della colpa ma riguarda per l'appunto la gestione trascurata, mal ponderata, dei poteri conferiti dalla causa di giustificazione. Da questo punto di vista ha senso parlare di colpa impropria; purché sia chiaro che, pur essendosi in presenza di condotta volontariamente lesiva, manca la colpevolezza dolosa e si configura un atteggiamento interiore che, per i suoi connotati di negligenza o imprudenza, può essere ricondotto alla figura della colpa».

⁴⁰⁷ Leggiamo in motivazione: «*In proposito in dottrina vengono sostenute, con diverse sfumature, due tesi di fondo. Secondo l'una l'art. 113 c.p., eserciterebbe una mera funzione di modulazione di disciplina, nell'ambito di situazioni nelle quali già si configura la responsabilità colpevole sulla base dei principi generali in tema di imputazione oggettiva e soggettiva: orientamento determinato, al fondo, dal timore che applicazioni disinvoltamente estensive possano vulnerare il principio di colpevolezza.*

L'altra tesi, invece, reputa che la disciplina della cooperazione colposa eserciti una funzione estensiva dell'incriminazione rispetto all'ambito segnato dal concorso di cause colpose indipendenti, coinvolgendo anche condotte atipiche, agevolatrici, incomplete, di semplice partecipazione, che per assumere concludente significato hanno bisogno di coniugarsi con altre condotte.

Tale ultimo indirizzo è implicitamente accolto nella giurisprudenza di questa Corte. Esso è senz'altro aderente alle finalità perseguite dal codificatore che, introducendo la disciplina di cui si discute, volle troncane le dispute esistenti in quell'epoca, esplicitando la possibilità di configurare fattispecie di concorso anche nell'ambito dei reati colposi.

Tale indirizzo interpretativo trova pure sicuro conforto nella disciplina di cui all'art. 113 c.p., comma 2 e art. 114 cod. pen., che prevedono, nell'ambito delle fattispecie di cooperazione, l'aggravamento della pena per il soggetto che abbia assunto un ruolo preponderante e, simmetricamente, la diminuzione della pena per l'agente che abbia apportato un contributo di minima importanza. Tale ultima contingenza, evocando appunto condotte di modesta significatività, sembra attagliarsi perfettamente al caso di condotte prive di autonomia sul piano della tipicità colposa e quindi non autosufficienti ai fini della fondazione della responsabilità colpevole».

⁴⁰⁸ Peraltro la S.C. si mostra consapevole delle difficoltà interpretative in materia: «*È però discusso se tale consapevolezza debba estendersi sino a cogliere il carattere colposo dell'altrui condotta. Le contrastanti tesi espresse al riguardo presentano il fianco a qualche critica. Semplificando al massimo i termini di un dibattito ricco di sfumature: la tesi della mera consapevolezza dell'altrui condotta sembra implicare il rischio di creare un'indiscriminata estensione dell'imputazione. D'altra parte richiedere la consapevolezza del carattere colposo dell'altrui comportamento reca il rischio opposto di svuotare la norma e di renderla inutile, giacché una tale consapevolezza ben potrebbe implicare un atteggiamento autonomamente rimproverabile».*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

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».

Nelle situazioni così individuate, in cui più soggetti si trovano a gestire in comune uno stesso rischio, ciascuno dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui; di conseguenza, sul piano cautelare, ne deriva un accrescimento dei doveri gravanti su ciascuno, dovendo ogni singolo cooperatore *«rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale pretesa d'interazione prudente individua, sembra a questa Corte, il canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione»* che *«giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoreponsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa».*

In senso confermativo della bontà degli enunciati assunti, la S.C cita l'orientamento giurisprudenziale – sopra sottoposto a critica – che impone un rapporto di criticismo dialettico fra medici in diversa posizione funzionale, con conseguente obbligo di manifestazione del dissenso da parte del medico in posizione subalterna rispetto alle scelte diagnostico-terapeutiche compiute⁴⁰⁹.

III. 3. [Considerazioni sulla giurisprudenza in materia di obbligo di controllo sull'operato altrui: la negazione del principio di affidamento?] La giurisprudenza, in accoglimento dell'interpretazione dell'art. 113 c.p. da ultimo richiamata, ha avallato la possibilità di attribuire a condotte monosoggettivamente

⁴⁰⁹ In particolare si cita la sentenza Cass. Pen. Sez. IV, 17 novembre 1999, n. 556, Zanda e altro, in C.E.D. Cass., n. 215443, così massimata: *«Dal tenore delle disposizioni dei commi terzo, quinto e sesto dell'art. 63 d.p.r. 20 dicembre 1979 n. 761 relativo allo stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali, deriva che la posizione dell'assistente ospedaliero non è affatto quella di un mero esecutore di ordini; in particolare, laddove primario e assistente condividono le scelte terapeutiche effettuate, entrambi ne assumono la responsabilità, mentre nel caso in cui l'assistente (o l'aiuto) non condivide le scelte terapeutiche del primario, che non ha esercitato il potere di avocazione previsto dal comma sesto cit., è tenuto a segnalare quanto rientra nelle sue conoscenze, esprimendo il proprio dissenso; diversamente potrà essere ritenuto responsabile dell'esito negativo del trattamento terapeutico, non avendo compiuto quanto in suo potere per impedire l'evento».*

L'orientamento è stato recentemente confermato in un caso analogo. Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 21 giugno 2012, n. 36280, Forlani e altri, in C.E.D. Cass., n. 253566: *«In tema di cooperazione colposa, qualora i compartecipi agiscano simultaneamente secondo uno specifico e convergente modulo organizzativo connesso alla gestione del rischio, ciascuno di essi deve intervenire non solo individualmente in modo appropriato, ma deve anche adoperarsi efficacemente per regolare e moderare la condotta altrui, ponendo così in essere un'azione di reciproca vigilanza. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta illecita la condotta degli agenti di polizia che, eccedendo i limiti del legittimo intervento, compivano una violenta azione repressiva nei confronti di un ragazzo successivamente deceduto per insufficienza cardiaca)».*

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

atipiche una vera e propria tipicità di secondo livello⁴¹⁰, che affianca quella direttamente derivante dalle singole fattispecie incriminatrici di parte speciale. Si impone a ciascun sanitario, per questa via, un obbligo cautelare ulteriore rispetto a quello relativo alla specifica attività svolta: si tratta di obblighi derivanti dalla convergenza di tutti i contributi verso il fine di tutela della salute del paziente⁴¹¹.

Analizzeremo oltre i requisiti della «evidenza» e della «non settorialità» della colpa che caratterizza la condotta di colui con cui si interagisce. Per il momento giova evidenziare, come sopra più diffusamente analizzato, come questo orientamento interpretativo di fatto neghi vigenza al principio di affidamento in contesti in cui uno stesso rischio sia gestito, consapevolmente, da una pluralità di soggetti⁴¹². Infatti, in via primaria⁴¹³, si impone a ciascuno l'obbligo di reciproco

⁴¹⁰ L. RISICATO, *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, pp. 1275 e ss.; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, *op. cit.*, pp. 399 e ss.; A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, pp. 263 e ss.: «In questa direzione viene ad imponersi una regola cautelare aggiuntiva rispetto a quelle di cui ogni sanitario è già di per sé destinatario rappresentata dal dovere di reciproco controllo e coordinamento, la cui operatività è subordinata alla congiunta presenza dei due requisiti dell'evidenza e alla non settorialità dell'altrui condotta colposa, mentre solo in assenza di tali condizioni sarebbe operativo il principio di affidamento».

⁴¹¹ Da ultimo, Cass. Pen., Sez. IV, 26 ottobre 2011, n. 46824, Castellano e altro, in C.E.D. Cass., n. 252140: «In tema di colpa professionale, qualora ricorra l'ipotesi di cooperazione multidisciplinare, ancorché non svolta contestualmente, ogni sanitario è tenuto, oltre che al rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, all'osservanza degli obblighi derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico. Ne consegue che ogni sanitario non può esimersi dal conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, sia pure specialista in altra disciplina, e dal controllarne la correttezza, se del caso ponendo rimedio ad errori altrui che siano evidenti e non settoriali, rilevabili ed emendabili con l'ausilio delle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio. Né può invocare il principio di affidamento l'agente che non abbia osservato una regola precauzionale su cui si innesti l'altrui condotta colposa, poiché allorquando il garante precedente abbia posto in essere una condotta colposa che abbia avuto efficacia causale nella determinazione dell'evento, unitamente alla condotta colposa del garante successivo, persiste la responsabilità anche del primo in base al principio di equivalenza delle cause, a meno che possa affermarsi l'efficacia esclusiva della causa sopravvenuta, che deve avere carattere di eccezionalità ed imprevedibilità, ciò che si verifica solo allorquando la condotta sopravvenuta abbia fatto venire meno la situazione di pericolo originariamente provocata o l'abbia in tal modo modificata da escludere la riconducibilità al precedente garante della scelta operata».

⁴¹² Cfr. Cass. Pen., Sez. IV 10 dicembre 2009, n. 6215, Pappadà ed altri, in C.E.D. Cass., n. 246420: «Ai fini del riconoscimento della cooperazione nel reato colposo non è necessaria la consapevolezza della natura colposa dell'altrui condotta, né la conoscenza dell'identità delle persone che cooperano, ma è sufficiente la coscienza dell'altrui partecipazione nello stesso reato, intesa come consapevolezza da parte dell'agente che dello svolgimento di una determinata attività (nella specie in una struttura sanitaria) anche altri sono investiti». Nella motivazione della sentenza si legge «Se, come è comunemente ritenuto, è invece sufficiente la coscienza dell'altrui partecipazione e non è invece necessaria la conoscenza delle specifiche condotte né dell'identità dei partecipi può trarsi la conclusione che la cooperazione è ipotizzabile anche in tutte quelle ipotesi nelle quali un soggetto interviene essendo a conoscenza che la trattazione del caso non è a lui soltanto riservata perché anche altri operanti nella medesima struttura ne sono investiti. [...] Queste conclusioni non riguardano soltanto l'organizzazione sanitaria perché analoghi esempi possono 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».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

controllo e coordinamento, la cui operatività non pare subordinata alla percezione della colpa altrui da parte di uno dei operatori. In sostanza, l'obbligo di coordinamento della propria con l'altrui condotta, l'obbligo di conoscere e valutare l'operato altrui, l'obbligo di controllare i rischi derivanti dal fatto stesso di cooperare non si suddividono fra i vari operatori: la divisione del lavoro non li contempla. Se – come pare doversi ritenere aderendo all'impostazione interpretativa invalsa nella prassi – si tratta di obblighi che gravano indistintamente su ciascun operatore, è giocoforza ritenere che in caso di violazione di tali regole cautelari da parte di uno dei operatori, nessuno potrà invocare a propria discolpa il principio di affidamento: l'obbligo di controllo sorge in capo a ciascuno in via primaria; non sorge in via secondaria per effetto del venir meno dell'affidamento sulla correttezza della condotta altrui nel momento in cui siano percepite circostanze tali da elidere tale aspettativa giuridicamente tutelata.

In simili ipotesi, il rapporto di regola ed eccezione tra affidamento ed i suoi limiti diventa labile e le eccezioni all'affidamento diventano tanto ampie da invalidare la possibilità di invocarlo con riferimento alla correttezza dell'altrui comportamento⁴¹⁴.

La giurisprudenza mostra dunque di valutare i contesti di cooperazione multidisciplinare come ipotesi di cooperazione colposa omissiva.

Anzitutto, il presupposto fondamentale da cui la prassi muove è la presenza di una posizione di garanzia nei confronti del paziente. Il contenuto di tale posizione di garanzia è dato da regole cautelari che attengono sia alle specifiche mansioni che ognuno deve espletare, sia ai rischi che derivano dal fatto stesso della cooperazione: difetti di coordinamento, incompleto scambio di informazioni o percezione di un errore altrui evidente e non inerente ad un settore specialistico. In tal modo, l'art. 113 può essere considerato come clausola di incriminazione suppletiva valida anche

⁴¹³ L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, *op. cit.*, p. 42: «l'obbligo di controllo sull'altrui operato non sarebbe quindi “secondario”, specie nel senso di “meramente eventuale”, ben potendo anzi esservi ipotesi in cui siffatto obbligo di controllo rientri già in via primaria tra i compiti specifici del sanitario»; G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, *op. cit.*, pp. 221 e ss.; E. BELFIORE, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, pp. 294 e ss.

⁴¹⁴ A. MASSARO, *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, *op. cit.*, pp. 3860 e ss.

nell'ambito dei reati causali puri, potendo estendere la punibilità a comportamenti che non darebbero luogo a responsabilità colposa in una prospettiva monosoggettiva.

In sostanza, l'orientamento giurisprudenziale in commento tende a considerare gli obblighi di controllo o di coordinamento come obblighi primari gravanti *ab origine* su ciascun cooperatore; e la loro violazione, come condotta rilevante a titolo di concorso omissivo – stante l'immanente posizione di garanzia rivestita da ciascun medico nei confronti del paziente – in omicidio o lesioni colpose. Ne deriva un'estensione dell'area della rilevanza penale, potendo essa abbracciare comportamenti che non hanno determinato un contributo essenziale alla produzione dell'evento lesivo.

III. 4. [Cooperazione colposa, obblighi relazionali e principio di affidamento: l'approdo conclusivo]

Questo modo di procedere, annullando di fatto l'operatività del principio di affidamento in contesti di cooperazione colposa, in quanto tali caratterizzati da “cogestione del rischio”, non sembra accettabile.

Appare preferibile una recente rimeditazione dell'intero fenomeno della cooperazione colposa⁴¹⁵ che muove le sue premesse proprio dall'ordinaria vigenza, nei rapporti intersoggettivi, del principio di affidamento, inteso come «regola intersoggettiva primaria, la cui vigenza è subordinata solamente all'evenienza di situazioni concrete in cui, in via d'eccezione, in ragione dello status ricoperto dall'agente si debba riconoscere sussistente a suo carico l'obbligo di riconoscere l'altrui comportamento inaffidabile»⁴¹⁶. In tal caso, come già detto in precedenza, nel momento in cui l'agente riconosca l'altrui comportamento colposo, il proprio dovere giuridico di corretta gestione della propria sfera giuridica si modifica tipizzandosi in modo differente: il soggetto vi adempie non più limitandosi a rispettare le regole cautelari che disciplinano, in situazioni fisiologiche, la propria

⁴¹⁵ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, op. cit., pp. 485 e ss.; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., pp. 821 e ss.

⁴¹⁶ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, op. cit., p. 489; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., p. 825.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

attività. La nuova situazione di rischio richiede un «*surplus* di prudenza di fronte al comportamento altrui palesemente inaffidabile»⁴¹⁷.

Nelle ipotesi, come nella cooperazione medica multidisciplinare, in cui le sfere di competenza dei vari medici sono *ab origine* divise, inoltre, l'Autore sostiene che «va ritenuto vigente un vero e proprio dovere di affidarsi»⁴¹⁸ e, correlativamente, va esclusa di regola la configurabilità di obblighi cautelari rivolti al comportamento di terzi⁴¹⁹. Qui risiede la principale differenza rispetto alla ricostruzione dottrinale in precedenza considerata. Mentre secondo quella ricostruzione gli obblighi cautelari inerenti alla prudente interazione fanno capo in via primaria a ciascun partecipante ad una attività plurisoggettiva, secondo l'impostazione attualmente in analisi – e che si ritiene di condividere – obblighi cautelari rivolti al comportamento di terzi – i c.d. obblighi cautelari relazionali⁴²⁰ – sorgono solo per effetto della cessazione della operatività del principio di affidamento⁴²¹.

In particolare l'Autore ritiene che l'ambito di naturale rilevanza degli obblighi cautelari relazionali sia quello delle strutture pluripersonali organizzate

⁴¹⁷ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, op. cit., p. 490.

⁴¹⁸ In termini analoghi, A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, op. cit., p. 480; ID., *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, op. cit., pp. 1634 e ss.

⁴¹⁹ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, op. cit., p. 518.

⁴²⁰ M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, op. cit., pp. 74 e ss.; L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., p. 826; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, op. cit., pp. 321 e ss.; A. PERIN, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, p. 105 e ss.; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 730.

⁴²¹ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, op. cit., p. 519; ID. *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., p. 839: «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».

Per la tesi contraria, cfr. L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, op. cit., pp. 168 e ss.: «Il contesto consapevole di azione, che lega tra le condotte dei partecipanti, amplia l'ambito del dovere di diligenza fino a ricomprendere la (normalmente irrilevante) prevedibilità delle possibili conseguenze del fatto (non più del terzo ma) *comune*. Proprio tale prevedibilità è atipica a livello monosoggettivo, perché incontra il limite del *Vertrsuensgrundsatz*: il fatto colposo del terzo, pur se prevedibile, non fonda, in via di principio, una corrispondente norma cautelare [...]. Solo la consapevole interazione tra le condotte dei concorrenti consente all'interprete di superare di slancio e senza residue perplessità il principio di affidamento, solido argine della tipicità colposa monosoggettiva: la consapevolezza di cooperare con altri, ponendosi come indispensabile elemento di coesione [delle condotte dei cooperatori] nella produzione dell'evento, fa sì che l'intero fatto sia proprio, al tempo stesso, dell'autore e del partecipante e che dunque l'uno non assuma più rispetto all'altro la veste di «terzo» (più o meno «affidabile»)».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

secondo la divisione del lavoro, la gerarchia, la multidisciplinarietà diacronica⁴²²: in questi casi la competenza⁴²³ di ogni cooperatore è estesa al comportamento di terzi, ma – a differenza dell’ipotesi precedentemente analizzata – tali obblighi relazionali assumono rilevanza solo in quanto sia percepita, nella situazione concreta, l’altrui condotta rischiosa – non necessariamente già “colposa” – di colui con cui si interagisce. In altre parole, gli obblighi cautelari relazionali, rivolti al comportamento di terzi, non possono operare in via primaria, ma in via secondaria e come effetto del venir meno del principio di affidamento in funzione limitativa dei doveri cautelari gravanti su ciascuno⁴²⁴.

In sintesi, sono due i presupposti per la configurazione degli obblighi cautelari relazionali: a) la competenza estesa a condotte di terzi, in contesti caratterizzati dalla interazione di più persone; b) la eccezionale non operatività del principio di affidamento, a causa della riconoscibile scorrettezza altrui⁴²⁵.

Quindi, il principio di affidamento opera come regola intersoggettiva primaria, dunque come principio. Solo in via di eccezione, quando altri non potranno o vorranno rispettare le regole cautelari imposte loro, sorgono, per effetto del venir meno in capo a chi abbia già – per effetto del contesto interazionale in cui si trova ad operare – una competenza specifica estesa al controllo del

⁴²² Oltre alla dottrina in precedenza citata su tali aspetti, cfr. L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, *op. cit.*, pp. 826-827.

⁴²³ L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, *op. cit.*, pp. 823 e ss.: l’Autore fonda la sua disamina sul fatto che nella ricostruzione dell’istituto della cooperazione colposa, prioritario rispetto al tema della tipicità, quindi al tema del contributo del cooperatore, sia quello dell’individuazione dei soggetti potenzialmente responsabili, quindi il tema dell’imputazione, conformemente a quanto imposto all’interprete dall’art. 27, comma 1 Cost. nel suo significato minimale di divieto di responsabilità per fatto altrui. «In via generale solo rispetto ai fattori di rischio che l’agente è tenuto a gestire, controllare, neutralizzare – per essersene assunto l’organizzazione, o perché investito istituzionalmente dall’ordinamento – si pone un problema di cautele da rispettare in tale direzione: occorre che sussista un dovere giuridico in tal senso dovere desumibile dall’essere proprio quel soggetto riconosciuto dall’ordinamento come combattente nella situazione concreta rispetto a quel rischio. In altre parole, solo con riguardo a situazioni che *ex ante* possono dirsi rientrare *nella sfera di competenza* dell’agente può edificarsi, in via di principio, l’obbligo giuridico di osservare cautele, pena la violazione del principio di cui all’art. 27, comma 1, Cost.: competenze talora stabilite normativamente [...] oppure derivanti da situazioni riconducibili in generale al *neminem laedere*, come l’ingerenza o l’assunzione della gestione di una certa attività».

⁴²⁴ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, *op. cit.*, p. 519: «[...] non va negata la vigenza del principio di affidamento quando venga in gioco l’applicazione della disciplina concorsuale, ma al contrario, si realizza la fattispecie plurisoggettiva proprio laddove, per ragioni intrinseche, estranee alla pura e semplice meccanica introduzione del modello della partecipazione, il principio di affidamento non dispieghi effetti: in particolare nelle ipotesi in cui la regola di diligenza assume direttamente a contenuto il rischio generato dalla sfera di competenza altrui».

⁴²⁵ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, *op. cit.*, p. 519; S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, *op. cit.*, p. 731.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

comportamento di terzi dell'affidamento nella correttezza della condotta altrui, obblighi cautelari relazionali⁴²⁶.

Tale dottrina, relativamente al tema del contenuto degli obblighi cautelari relazionali, ha ritenuto di dover distinguere tre categorie⁴²⁷: a) *obblighi sinergici*, o *complementari*: sono rivolti a coordinare la condotta di un soggetto con quella altrui, fermo restando che tale obbligo sorge solo quando, eccezionalmente, non viga il principio di affidamento; fondamentalmente, consistono quindi nell'obbligo di rapportarsi diligentemente alla condotta altrui; b) *obblighi accessori*: sono volti a evitare l'illecita strumentalizzazione in senso lesivo che altri possano fare della propria condotta; sorgono in caso di riconoscibilità dell'altrui comportamento di strumentalizzazione, tale da elidere la generale applicazione dell'affidamento; 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 intervenienti»⁴²⁸; c) *obblighi eterotropi*, o *di controllo del comportamento altrui*, o *di informazione nei confronti di terze persone*: sono obblighi cautelari la cui configurabilità è stata già posta in luce, come abbiamo visto, da attenta dottrina⁴²⁹. Riguardano 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 della successione nella posizione di garanzia, quindi in caso di attività organizzate

⁴²⁶ Cfr. F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo a una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996.

⁴²⁷ L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, *op. cit.*, pp. 829 e ss.; F. CAFAGGI, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo a una teoria della responsabilità extracontrattuale*, *op. cit.*, pp. 130 e ss.

⁴²⁸ L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, *op. cit.*, pp. 832 e ss., il quale nota come in tal caso il principio di affidamento, eccentricamente, assume una valenza non solo garantistica rispetto all'estensione della responsabilità personale di ciascuno dei cooperatori, ma anche di protezione rispetto a potenziali vittime dell'attività plurisoggettiva.

⁴²⁹ G. COGNETTA, *La cooperazione nel delitto colposo*, *op. cit.*, p. 88, secondo cui costituiscono le effettive regole cautelari la cui violazione sia punibile ex art. 113 c.p.; cfr. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, p. 454, secondo cui si tratta di doveri di coordinamento della propria attività con quella altrui.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

diacronicamente, sulle quali ci soffermeremo oltre. Dato che consistono nell'ingerenza in un comportamento "deviante" altrui, sul piano politico criminale, come già visto in precedenza, la dottrina più autorevole ne ha predicato la massima tipizzazione⁴³⁰.

Secondo questa prospettiva, con riferimento all'istituto della cooperazione deve parlarsi più propriamente di «*culpa per relationem*» in quanto tale norma si caratterizza per il fatto di dare rilevanza a una particolare forma di colpa, consistente nella violazione di particolari regole cautelari, gli obblighi cautelari relazionali. La funzione dell'art. 113 c.p. è quindi quella di tipizzare tali regole cautelari, che sorgono dalla concreta riconoscibilità dell'altrui condotta non corretta, quindi sanciscono il limite di efficacia del principio di affidamento⁴³¹.

La teoria che riconosce, invece come elemento strutturale della cooperazione colposa, la consapevolezza di concorrere con altri alla realizzazione di un fatto plurisoggettivo⁴³², e vista dalla dottrina che ne ha sostenuto la indispensabilità come mezzo per attribuire tipicità a comportamenti che, in una prospettiva monosoggettiva, non sarebbero stati punibili in quanto dotati di pericolosità solo astratta o non ancora contrastanti con alcuna regola cautelare ma tuttavia pericolosi⁴³³, non può essere accolta. La mera consapevolezza di concorrere, oltre a non avere alcun espresso fondamento normativo, non spiega la rilevanza penale di un comportamento solo astrattamente pericoloso. La ragione della rilevanza penale di un comportamento che diventa pericoloso solo incontrando condotte altrui pericolose, non risiede nella consapevolezza di concorrere con altri,

⁴³⁰ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., p. 454, il quale le qualifica come eccezionali e dunque tali da dover essere tipizzate espressamente. Cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, op. cit., p. 526, nota 123, il quale ritiene che gli obblighi cautelari eterotropi potrebbero opportunamente essere oggetto di positivizzazione e dunque essere collocati dogmaticamente nell'alveo della colpa specifica.

⁴³¹ L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., pp. 836: «sembra corretto ritenere che la cooperazione sia una forma di *responsabilità colposa*, da ricondursi, senza soverchie peculiarità, al modello della violazione di regole precauzionali o cautele [...] rivolte o *direttamente all'evento* (come in tutti i reati colposi), quindi a controllare e gestire una situazione rischiosa nel senso di evitarla; o *alla condotta altrui*, in particolare, a neutralizzare il pericolo proveniente dall'altrui comportamento colposo»; cfr., altresì, F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., pp. 453 e ss.

⁴³² A. R. LATAGLIATA, voce *Cooperazione nel delitto colposo*, op. cit., p. 615; M. SPASARI, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, op. cit., pp. 73 e ss.; M. GALLO, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, op. cit., p. 125; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, op. cit., p. 190.

⁴³³ L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, op. cit., pp. 149 e ss.; ID., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, op. cit., pp. 134 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

che di per sé nulla aggiunge al disvalore della condotta considerata. Ciò che è realmente importante ai fini della punibilità di un contributo concorsuale colposo è che sia violata una regola cautelare relazionale, cioè che disciplina le modalità con cui i soggetti devono tra loro interagire in un contesto plurisoggettivo.

Solo nel senso che l'art. 113 c.p. permette di tipizzare la violazione degli obblighi cautelari relazionali è possibile parlare di una sua funzione incriminatrice: come detto, infatti, tali cautele assumono rilevanza solo in contesti interattivi e solo a causa della eccezionale inapplicazione del principio di affidamento, a causa della percepita inaffidabilità altrui. Solo in tal caso sorgono obblighi di adeguamento della propria condotta a quella altrui, la cui violazione assume rilevanza solo attraverso lo strumento giuridico della cooperazione colposa. La “prudente gestione collettiva del rischio” può essere infine intesa in questo senso, prescindendo da inopportuni e non richiesti elementi di carattere psicologico, distonici rispetto ad una concezione della colpa di carattere normativo, pienamente tale anche in una prospettiva plurisoggettiva.

La distinzione fra cooperazione colposa e concorso di cause colpose indipendenti, *ex art. 41, comma 3 c.p.*, a questo punto diventa evanescente. In entrambi i casi abbiamo una pluralità di soggetti che violano regole cautelari il cui rispetto era doveroso nei loro confronti. La differenza tuttavia può essere colta sul piano normativo: nel caso del concorso di cause colpose indipendenti le regole cautelari che assumono rilevanza sono quelle che disciplinano la condotta di ciascuno in vista dello scopo di evitare che si produca un determinato evento lesivo; nel caso della cooperazione colposa, invece, assumono rilevanza, a causa dell'eccezionale inoperatività del principio di affidamento, le regole cautelari relazionali contemplanti la condotta altrui e rivolte solo in via mediata ad evitare un determinato evento lesivo⁴³⁴.

In definitiva, gli artt. 113 e 41, comma 3 c.p. disciplinano due fenomeni ontologicamente omogenei; la distinzione assume rilevanza solo in punto di disciplina.

⁴³⁴ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità per fatto proprio*, *op. cit.*, pp. 547 e ss.; ID., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, *op. cit.*, p. 837.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. 5. [Alcune parziali conclusioni] In conclusione, l'orientamento della S.C. per cui ciascun compartecipe ad una attività plurisoggettiva multidisciplinare, improntata sul criterio della divisione del lavoro, debba assolvere alle proprie funzioni ed anche rispettare quegli obblighi cautelari che derivano dalla convergenza dei vari apporti professionali, teleologicamente orientati verso la salvaguardia della salute del paziente, non possa interpretarsi come ostativo *a priori* circa l'applicazione nella fattispecie del principio di affidamento. Deve infatti ritenersi che l'obbligo di controllo sull'attività altrui sia meramente secondario e sorga, come ogni altro obbligo relazionale, solo nel momento in cui, a causa della percezione concreta dell'inaffidabilità di almeno uno dei cooperatori, diventi inoperante il principio di affidamento. Il sorgere di tali obblighi relazionali sposta nell'alveo dell'art. 113 c.p. la fattispecie, in caso di esito infausto: tale norma si riferisce infatti alla violazione di obblighi cautelari relazionali. La fattispecie della cooperazione colposa deve ritenersi sostanzialmente omogenea rispetto alla affine figura del concorso di cause colpose indipendenti: in entrambi i casi si tratta di una pluralità di soggetti che commettono diverse violazioni cautelari; ciò che distingue le due fattispecie è la tipologia di obblighi cautelari che viene in rilievo: nel caso dell'art. 113 si tratta di obblighi cautelari relazionali, il cui sorgere è condizionato al venir meno della (altrimenti fisiologica) operatività del principio di affidamento.

III. 6. [Profili soggettivi. Evidenza e non settorialità dell'errore altrui: il c.d. principio di affidamento c.d. temperato]

Rimangono da analizzare, con riferimento all'orientamento giurisprudenziale oggi dominante, gli aspetti relativi alla rilevanza dell'errore altrui, quindi della esigibilità in capo a ciascun compartecipe della sua rilevazione ed eventuale correzione. Il tema inerisce, come vedremo, all'elemento soggettivo della cooperazione colposa.

La dottrina dominante ragiona, a tale proposito, di principio di affidamento c.d. “temperato”⁴³⁵, tale da conciliare le esigenze di tutela della vita e dell’integrità fisica con il principio della personalità della responsabilità penale⁴³⁶.

Stante la generale vigenza del principio di affidamento ed il suo venir meno in conseguenza della percezione di un errore da parte di colui con cui si coopera, sorge il problema del grado di rilevanza e di riconoscibilità di tale errore.

Abbiamo già evidenziato sopra, relativamente alla rilevanza dell’errore, che la percezione di qualsiasi indizio di una possibile negligenza è già tale di infirmare il principio di affidamento. Occorre concentrarsi invece, per assicurare il necessario collegamento tra fatto e suo autore, ancorare l’obbligo relazionale di controllo e di intervento a precisi elementi di riconoscibilità dell’errore. Proprio a questo scopo servono i requisiti, individuati espressamente dalla richiamata giurisprudenza⁴³⁷, della «evidenza» e della «non settorialità» dell’errore altrui: se ha queste caratteristiche si attualizza in capo a chi lo percepisce il dovere di neutralizzarne gli effetti. Si sottolinea, infatti, che la responsabilità del singolo per l’evento infausto che derivi anche dalla violazione di tale dovere secondario di controllo potrà ravvisarsi solamente quando la colpa del collega inerisca a *leges artis* non già specialistiche, bensì generiche, appartenenti al patrimonio professionale di ciascun medico in quanto tale, e sia resa evidente dalle concrete circostanze di fatto⁴³⁸.

Il principio di affidamento, per questa via, non sarebbe negato, ma solo accolto in una accezione relativa o “temperata”: è possibile fare affidamento nella correttezza della condotta di uno specialista in altra branca dell’arte medica finché

⁴³⁵ G. MARINUCCI-G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, op. cit., p. 217 e ss.; F. MANTOVANI, *La responsabilità del medico*, op. cit., p. 21 e ss.; P. AVECONI, *La responsabilità penale del medico*, Milano, 1981, p. 154; A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984; G. IADECOLA, *Il medico e la legge penale*, op. cit., 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; ID, *Sui limiti del principio di affidamento*, op. cit., p. 1195; R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, op. cit., pp. 510 e ss.

⁴³⁶ L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., pp. 50 e ss.

⁴³⁷ Cfr., Cass. Pen., Sez. IV, 26 ottobre 2011, n. 46824, Castellano e altro, in C.E.D. Cass., n. 252140; Cass. Pen., Sez. IV, 28 aprile 2011, n. 23298, Di Giglio; Cass. Pen., Sez. IV, 2 aprile 2010, n. 19637, Fasulo e altro; Cass. Pen., Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 10454, Corcione; Cass. Pen., Sez. IV, 5 novembre 2009, n. 43958, Feminella; Cass. Pen., Sez. IV, 22 maggio 2009, n. 32191, Riva; Cass. Pen., Sez. IV, 3 dicembre 2008, n. 1796, Maragoni; Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 29443, Cortese; Cass. Pen., Sez. IV, 12 luglio 2006, n. 33619, Iaquina; Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548, Cavuoto; Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 24036, Sarteanesi; sentenze rinvenibili in F. GIUNTA -G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, op. cit., pp. 49 e ss.;

⁴³⁸ L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., pp. 50 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

non si percepisca un suo errore; condizione per cui questo errore possa essere percepito è che sia evidente e non settoriale, quindi riconoscibile da un qualunque laureato in medicina con l'ausilio di quel bagaglio di conoscenze che accomuna ogni medico generico non specializzato⁴³⁹.

Il che equivale a dire che:

a) nel caso in cui l'errore non sia settoriale e nemmeno evidente, potrà invocarsi il principio di affidamento; così come potrà essere invocato nel caso in cui l'errore sia evidente ma settoriale: i due requisiti devono sussistere congiuntamente per invalidare l'operatività del principio di affidamento⁴⁴⁰;

b) il dovere del professionista di valutare l'attività del collega ed eventualmente rimediare ad eventuali scorrettezze non ha valenza generale ma incontra un duplice limite: l'errore altrui deve essere rilevabile ed emendabile da un medico non specialista nel settore interessato, e inoltre deve essere prevedibile nella concreta situazione fattuale⁴⁴¹.

Recentemente in dottrina⁴⁴² si è sostenuto che l'evidenza e la non settorialità dell'errore non sono elementi della situazione tipica che attiva l'obbligo secondario di controllo del sanitario, ma parametri di valutazione che consentono di stabilire se l'inosservanza di questo obbligo di controllo sia o meno rimproverabile a colpa del sanitario; quindi, attengono al giudizio di riconoscibilità del pericolo derivante dall'altrui condotta: devono essere accertati in concreto, tenendo conto della situazione tipica, come del reato accade, in tema di colpa, con riferimento al giudizio di riconoscibilità⁴⁴³ della situazione di rischio che origina e attualizza l'obbligo di diligenza. Questi parametri permettono di agganciare l'obbligo

⁴³⁹ C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, op. cit., p. 2840: «Il sanitario, tendenzialmente, è tenuto in via esclusiva all'osservanza delle *leges artis* che disciplinano l'esecuzione delle proprie mansioni, mentre un obbligo secondario di controllo dell'operato dei colleghi sorge solo nell'ipotesi in cui si verificano circostanze concrete (come ad esempio le cattive condizioni di salute, la distrazione od incertezza, la giovane età od inesperienza), che facciano venir meno il legittimo affidamento nel corretto operare degli altri partecipi al trattamento e che lasciano prevedere errori di condotta o rendono manifesti errori già compiuti: in questi casi il sanitario dovrà attivarsi per porre rimedio all'inadeguatezza rilevata [...]».

⁴⁴⁰ D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., pp. 236-237.

⁴⁴¹ A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario diacronicamente plurisoggettivo*, op. cit., p. 480.

⁴⁴² C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, op. cit., p. 2840

⁴⁴³ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, op. cit., pp. 201 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

secondario di controllo ed intervento sulla condotta altrui a precisi elementi di riconoscibilità dell'errore.

In altre parole i requisiti di «evidenza» e «non settorialità» dell'errore altrui attengono al giudizio di rimproverabilità del soggetto che interagisca con l'autore della inosservanza cautelare. Premesso che la percezione di indizi concreti di inaffidabilità del comportamento altrui è già tale privare di rilevanza il principio di affidamento, la condotta di chi obiettivamente non abbia controllato o impedito la condotta altrui deve già considerarsi tipica in quanto l'obbligo relazionale che sorge in una tale situazione è certamente violato. Quindi, dando per dimostrato il nesso di rischio tra tale violazione cautelare e l'evento lesivo, l'indagine dovrà attenere alla c.d. misura soggettiva della colpa⁴⁴⁴. Si dovrà verificare se l'altrui condotta inosservante fosse effettivamente rilevabile dagli altri operatori. A questo scopo la giurisprudenza pone due requisiti, a limitare la discrezionalità valutativa del giudice: l'errore altrui deve essere «evidente» e «non settoriale», quindi rilevabile ed emendabile con l'ausilio delle conoscenze del professionista medio.

Questo punto appare fondamentale: l'espressione «principio di affidamento temperato» potrebbe far ritenere che gli elementi della evidenza e della non settorialità pertengano alla tipicità della condotta di cooperazione; mentre in realtà, come abbiamo sopra evidenziato, non si tratta di elementi la cui sussistenza fa emergere l'obbligo cautelare relazionale; questo sorge per effetto della percezione di semplici indizi di inaffidabilità del comportamento altrui. Questi parametri servono, lo ribadiamo, per valutare l'effettiva rimproverabilità soggettiva di chi non abbia ottemperato all'obbligo cautelare relazionale.

III. 6. 1. [Evidenza] Relativamente all'elemento dell'evidenza dell'errore si è discusso se esso debba essere inteso in senso quantitativo – cioè come particolare ampiezza della distanza che separa la condotta in concreto tenuta dall'agente rispetto a quella doverosa imposta dalle *leges artis*, – ovvero – e pare debba propendersi per

⁴⁴⁴ Vasta la letteratura sul punto. Fra i più recenti contributi, cfr. S. CANESTRARI, *La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo*, in *Ind. pen.*, 2012, pp. 21 e ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 511 e ss.; M. GROTTI, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, *op. cit.*, pp. 293 e ss.; A. CANEPA, *L'imputazione soggettiva della colpa*, *op. cit.*, *passim*; G.V. DE FRANCESCO, *La misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinate*, 1977-78, p. 273 e ss.

questa opzione – in senso qualitativo, cioè come concreta percepibilità di esso da parte di un professionista che è pur sempre vincolato in via primaria al rispetto degli obblighi cautelari imposti nei suoi confronti⁴⁴⁵.

Il requisito dell'evidenza si pone in stretta relazione con l'esigibilità del comportamento doveroso imposto dal dovere cautelare secondario: la convergenza verso un fine unitario dell'attività di tutti i medici impone un obbligo di conoscenza e valutazione del reciproco apporto professionale; tuttavia la giurisprudenza mostra di fare salva l'eventualità che la percezione e il riconoscimento dell'errore altrui non fosse esigibile, pertanto l'inosservanza del dovere di controllo non sia rimproverabile.

III. 6. 2. [Non settorialità] Accertata l'evidenza o meno dell'errore, si dovrà verificarne la eventuale «non settorialità». Questo requisito va posto in stretta correlazione col fatto che, nelle ipotesi di cooperazione multidisciplinare, il lavoro è diviso orizzontalmente fra i vari compartecipi in quanto ciascuno si occupa di un particolare aspetto dell'intervento sanitario in relazione al proprio ambito di competenza specialistica.

Anche questo requisito contribuisce a scolpire i doveri cautelari esigibili dal singolo medico, in modo da favorirne la compatibilità con il principio di personalità della responsabilità penale: «tanto può esigersi da un sanitario di avvedersi di un altrui errore tecnico e di emendarlo, in quanto lo stesso sia rilevabile in base al patrimonio di conoscenze comuni ad ogni sanitario anche non specialista nella disciplina di pertinenza del medico che ha commesso l'errore di condotta»⁴⁴⁶.

Secondo una recente opinione il requisito della «non settorialità» dell'errore altrui non ha assunto, negli arresti giurisprudenziali, una decisiva rilevanza; al contrario, la prassi sembra dare rilevanza esclusiva alla rilevabilità in concreto della negligenza altrui, a prescindere dalla sua afferenza ad altra branca specialistica⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Nel senso che debba essere privilegiata la dimensione qualitativa, cfr. C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, op. cit., p. 2843.

⁴⁴⁶ C. CANTAGALLI, *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, op. cit., p. 2843.

⁴⁴⁷ A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, op. cit., p. 268., il quale cita a titolo esemplificativo Cass. Pen. Sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 41317, Raso e altri, in C.E.D. Cass., n. 237891 in cui è

Va ribadito quanto già in precedenza accennato: la valutazione dei due parametri in esame è strettamente connessa alle peculiarità del caso concreto; si deve quindi tenere conto delle attività assegnate ai vari medici che cooperano, del loro livello di difficoltà, del livello di attenzione che ciascuno può porre nel valutare la condotta altrui.

IV. [Conclusioni] Alla luce delle considerazioni svolte da ultimo, appare necessario ritornare brevemente sull'orientamento giurisprudenziale affermatosi in tema di cooperazione medica multidisciplinare. Come abbiamo avuto modo di vedere, secondo l'attuale orientamento della S.C. *«In tema di colpa professionale, nel caso di équipe chirurgica e più in generale in quello in cui ci si trovi di fronte ad ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell'attività medico-chirurgica, 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 medico»*⁴⁴⁸.

stata riconosciuta la penale responsabilità, oltre che dell'anestesista responsabile dell'erronea manovra di intubazione della paziente sottoposta a intervento di taglio cesareo, dei ginecologi presenti in sala operatoria i quali avrebbero dovuto intervenire per estrarre rapidamente il feto ed evitarne la morte. Si suppone quindi che l'errore, evidente ma settoriale, potesse da questi essere colto e rimediato. In tal modo la S.C. non pare rispettare il proprio orientamento consolidato.

Secondo l'Autore, il peso dato dalla S.C. alla rilevanza in concreto della negligenza altrui, a prescindere dalla specializzazione cui inerisce, «si pone perfettamente in linea con i dettami dell'imputazione colposa, in quanto nello svolgimento di attività concorrenti, a prescindere dalla compresenza di differenti discipline scientifiche, occorre valutare se, a seguito dell'emersione di peculiari elementi fattuali, possa o meno richiedersi un *surplus* di diligenza a carico del singolo operatore».

⁴⁴⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548, Miranda e altri, in C.E.D. Cass., n. 231535; il caso ha riguardato l'omicidio colposo di un feto verificatosi subito dopo il parto per una insufficienza respiratoria da ricollegarsi al mancato tempestivo riconoscimento da parte del ginecologo che ha seguito la gestazione di una sofferenza fetale che avrebbe consigliato l'immediata espulsione del feto per via laparotomica; interessante appare la posizione del secondo medico condannato, non specialista in ginecologia, il quale, intervenuto ad assistere il collega, non ha diagnosticato lo stato di asfissia fetale nonostante la presenza di «*sintomi evidenti*» in una «*situazione né difficile né complessa, che non richiedeva, per essere adeguatamente affrontata, particolari cognizioni specialistiche*». In sostanza, alla base della condanna del medico non specialista, ci è la constatazione dell'evidenza e della non settorialità della situazione di rischio, che imponeva, dunque il rispetto di obblighi cautelari ulteriori che compensassero in senso salvifico per il feto la negligenza del medico specialista ginecologo.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Anzitutto, con riferimento ai c.d. «*obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune ed unico*», abbiamo avuto modo di vedere che l'imposizione del loro rispetto da parte della giurisprudenza deriva dall'inquadramento della fattispecie della cooperazione medica multidisciplinare nella cornice normativa dell'art. 113 c.p.. Questa norma, secondo l'interpretazione maggioritaria in dottrina e accolta dalla più recente giurisprudenza di legittimità, si riferisce ad ipotesi in cui più soggetti, consapevolmente, sono chiamati a cooperare ad una prudente gestione di un determinato rischio; in questo genere di ipotesi, il principio di affidamento non potrebbe operare come regola generale: sussiste, al contrario, un obbligo di controllo dell'operato altrui, relativamente al quale non potrebbe trovare applicazione il principio di affidamento.

Abbiamo avuto modo di vedere, tuttavia, come questo orientamento non sia accettabile, in quanto, proprio nei casi in cui il lavoro plurisoggettivo sia organizzato secondo il metodo della divisione del lavoro, in ragione delle differenti specializzazioni, deve adottarsi come protocollo operativo fisiologico il principio di affidamento. Ciò, per permettere a ciascuno specialista di adempiere nel modo migliore alle proprie mansioni nell'interesse del paziente. Il ruolo di coordinamento dei vari apporti professionali non può spettare indistintamente a ciascun operatore ma deve essere affidato ad una figura di vertice, un *capo-équipe*. Anche nei suoi confronti, tuttavia, non può essere configurato un illimitato dovere di controllo dell'operato altrui, in quanto se così fosse egli tendenzialmente risponderebbe di qualsiasi evento infausto sia derivato dallo svolgimento plurisoggettivo dell'attività medica; di conseguenza la sua responsabilità sarebbe oggettiva, legata alla posizione di vertice di fatto ricoperta, e ciò anche nel caso in cui cooperi con specialisti in diversi rami della medicina e non possa, quindi, verificare a fondo la correttezza del loro specifico apporto professionale.

La S.C. sembra considerare l'*équipe* medica, sia essa operante sincronicamente o diacronicamente, come un'entità unitaria e compatta. E, rispetto all'orientamento dottrinario improntato alla massima valorizzazione del principio di

Analogamente, Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 24036, Sarteanesi, in C.E.D. Cass., n. 228577. Da ultimo, Cass. Pen., Sez. IV, 26 ottobre 2011, n. 46824, Castellano e altri, in C.E.D. Cass., n. 252140.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

affidamento, il mutamento della prospettiva appare evidente: l'*équipe* non potrebbe essere considerata come una semplice collettività di professionisti in cui ciascuno è tenuto a svolgere il proprio ruolo, salvo intervenire se, occasionalmente, percepisce l'altrui errore o, comunque, un pericolo per la salute del paziente. Al contrario, l'*équipe* si presenterebbe come un singolo apparato che persegue un fine unitario, per raggiungere il quale deve dotarsi di una definita organizzazione interna, un rigido riparto del lavoro fra i diversi operatori; il fatto che l'organizzazione possa far difetto, implica, in questa prospettiva, l'esistenza di specifiche norme cautelari volte a ridurre il correlato rischio. Secondo questo recente indirizzo della S.C., s'impone ad ogni membro dell'*équipe*, ad ogni "ingranaggio" dell'apparato, un dovere ulteriore: la verifica che il proprio apporto professionale e l'apporto altrui, sia esso precedente o contestuale, si armonizzino reciprocamente, si amalgamino omogeneamente in vista del raggiungimento dell'obiettivo comune rappresentato dalla tutela della salute del paziente sottoposto al trattamento così strutturato. Insomma, il fatto stesso di partecipare ad un'attività professionale plurisoggettiva – unitamente al fatto di rivestire, tutti i partecipanti, una posizione di garanzia rispetto al bene giuridico da tutelare – imporrebbe al singolo cooperatore un obbligo cautelare di costante verifica dell'operato altrui, verifica che comporta eventualmente un obbligo di intervento, nel momento in cui si apprezza l'altrui inosservanza cautelare, compiuta o imminente⁴⁴⁹.

Secondo questa ricostruzione, questo orientamento ermeneutico introduce un elemento di disarmonia nel quadro in precedenza tracciato. Postulare un obbligo di controllo reciproco fra i sanitari operanti in *équipe*, pur giustificato dall'unità del fine prefisso, dovrebbe condurre a negare, in linea di principio, l'applicabilità del principio dell'affidamento.

Entrambe le prospettive, quella fondata sull'affidamento e quella che propugna la necessità di un controllo "diffuso", prendono le mosse dalla medesima base assiologica: la necessità di tutelare al massimo grado la salute del paziente. Mentre il principio dell'affidamento, come abbiamo avuto modo di evidenziare, si propone come naturale corollario del criterio della suddivisione del lavoro,

⁴⁴⁹ P. PIRAS-G. P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, op. cit., p. 312 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

permettendo al singolo operatore di rimettersi alla bontà dell'operato altrui, altrettanto capace di conformare il suo operato agli standard di diligenza esigibili nei suoi confronti, questo orientamento introduce, a ben vedere, un vero e proprio “*principio della sfiducia*”⁴⁵⁰ imponendo non già al solo capo-*équipe* ma ad ogni membro del *team* operatorio il dovere cautelare – sindacabile, ovviamente, *ex art. 43 c.p.* – di verificare costantemente la correttezza dell'altrui operato⁴⁵¹.

Non sfugge la contraddittorietà di un simile modo di procedere. Vanificherebbe proprio la possibilità di raggiungere un superiore livello di sicurezza circa il buon esito del procedimento terapeutico. La sinergia fra i diversi operatori sarebbe farraginoso; non si permetterebbe, infatti, al singolo operatore, pur specialista in un determinato ramo della scienza medica, di dedicare la massima diligenza esigibile nei suoi confronti all'adempimento delle proprie mansioni, dovendo egli costantemente controllare i propri colleghi. La possibilità di sindacare l'operato altrui dilaterrebbe evidentemente i tempi di intervento sul paziente, e risulterebbe di fatto inapplicabile nelle situazioni caratterizzate da urgenza.

Inoltre nelle *équipes* organizzate orizzontalmente questo sindacato reciproco sarebbe ipotizzabile esclusivamente nel caso in cui l'atto medico da controllare attenga alle cognizioni proprie di qualunque medico. L'erroneità di interventi terapeutici specialistici infatti non potrebbe nemmeno essere colta dallo specialista in altra branca della scienza, non avendo egli, per definizione, le necessarie competenze. A queste condizioni, un addebito penale a titolo colposo per omesso

⁴⁵⁰ P. PIRAS-G. P. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco*, *op. cit.*, p. 312.

⁴⁵¹ Cfr. A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, *op. cit.*, p. 260, il quale evidenzia come «non può considerarsi casuale lo spostamento di accento che caratterizza l'approccio della prassi giudiziaria secondo cui ogni medico, anziché di regola legittimato a far affidamento sulla correttezza dell'operato altrui, è tenuto a conoscere e valutare l'attività precedente o contestuale svolta da altro collega, se del caso ponendo rimedio agli errori altrui evidenti e non settoriali. La differente impostazione trova spiegazione non solo in riferimento alle crescenti esigenze di tutela, ma anche in relazione alle peculiarità del giudizio di responsabilità, funzionalmente volto ad accertare l'eventuale nesso di derivazione – materiale e giuridica – tra le condotte poste in essere dai compartecipi»; giudizio sull'attività plurisoggettiva che, anziché adottare una prospettiva *ex ante*, muova dall'evento infausto per rintracciare a ritroso responsabilità dei cooperatori. In questo contesto, «per la lettura giurisprudenziale l'ambito applicativo dell'affidamento svolge una funzione tendenzialmente residuale, posto che lo stesso carattere retrospettivo del giudizio di responsabilità finisce per renderlo coincidente con l'area di irrilevanza penale, per la imprevedibilità/inevitabilità della negligenza altrui. Ne deriva che l'indagine volta a stabilire se la responsabilità possa estendersi agli altri compartecipi [...] finisce per essere polarizzata sulla presenza o meno delle due eccezioni condizionali la regola generale, costituite dalla riconoscibilità in concreto della negligenza altrui e dalla sussistenza di uno specifico obbligo di vigilanza e di controllo».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

intervento sull'altrui errore "settoriale" integrerebbe, riteniamo, un caso di responsabilità per fatto altrui, non potendo il pericolo essere né previsto né evitato. Dell'evento dovrebbe rispondere, in applicazione del principio dell'affidamento, esclusivamente l'autore della condotta causalmente rilevante.

A nostro avviso deve essere accolta quella ricostruzione dottrinale che invece ritiene che gli obblighi cautelari relazionali sorgano per effetto del venir meno del principio di affidamento nel momento in cui si percepiscano indizi deponenti nel senso dell'inaffidabilità del comportamento altrui. La mancata percezione del rischio percepibile o il mancato attivarsi in senso impeditivo a fronte della percezione di tale inaffidabilità costituisce violazione degli obblighi cautelari relazionali sorti a seguito dell'eccezionale inoperatività del principio di affidamento.

In caso di evento infausto, la responsabilità penale dei singoli operatori dipende tuttavia dalla loro effettiva rimproverabilità soggettiva: si dovrà valutare l'effettiva esigibilità della percezione dell'altrui condotta inosservante e del rispetto dell'obbligo cautelare relazionale che ne è derivato. In ciò soccorrono i due requisiti della «*evidenza*» e «*non settorialità*» dell'errore altrui, parametri cui agganciare il giudizio di colpevolezza.

Riteniamo invece che sia il caso di affermare la perdurante validità dell'impianto teorico in precedenza proposto, fondato sulla divisione del lavoro, sull'affidamento e sulla (con)divisione delle responsabilità.

Il problema della cooperazione multidisciplinare dovrebbe risolversi:

a) assegnando al capo-*équipe* un ruolo di coordinamento molto pregnante in modo da realizzare, attraverso direttive, un riparto delle competenze e dei doveri il più possibile scevro da incertezze. La violazione di queste «discipline», attraverso il mancato rispetto da parte di ciascun membro del *team* della propria sfera di competenze previamente delimitata, comporterebbe una responsabilità colposa in base all'esplicito disposto dell'art. 43 c.p. Il capo-*équipe* dovrebbe svolgere le proprie mansioni diligentemente e con la massima perizia nei suoi confronti esigibile; dovrebbe inoltre svolgere un'azione di controllo sull'operato altrui non "assoluta" ma bensì "temperata": guidando un'*équipe* di esperti in settori differenti, non potrebbe che verificare che non commettano atti genericamente colposi, negligenti,

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

imprudenti, imperiti. Ma quando l'apporto professionale di ciascuno travalichi le conoscenze proprie di ogni laureato in medicina e chirurgia, non potrà che aver pieno vigore il principio dell'affidamento sull'altrui professionalità;

b) permettendo a ciascun componente dell'*équipe* di occuparsi pienamente delle proprie mansioni, ponendo fiducia sia sull'altrui professionalità sia sulla bontà del controllo effettuato dal capo-*équipe* sull'operato di ciascuno; fermo restando, naturalmente, che il pericolo derivante da eventuale colpa generica di ciascuno, potendo essere rilevato da ogni operatore, dovrà essere segnalato al capo-*équipe* oppure – ma solo nelle situazioni connotate da urgenza – dovrà essere rimosso da chi lo abbia individuato. Anche qui il limite della colpa generica trae giustificazione dal fatto che un livello di conoscenza superiore, che permetta ad ogni membro dell'*équipe* di ovviare a qualunque errore altrui, anche specialistico, non è esigibile, vanificando la stessa ragion d'essere della preventiva divisione dei ruoli e delle competenze.

Sez. 3. La cooperazione diacronica: la successione nella posizione di garanzia ed il principio di affidamento.

I. [Nozione; perimetrazione dell'area d'indagine] Fra le forme in cui può manifestarsi la cooperazione medico-chirurgica nelle strutture complesse, assume un ruolo di rilievo la c.d. cooperazione diacronica. Si caratterizza per il fatto che i sanitari coinvolti – siano essi specialisti nella stessa branca dell'arte medica, oppure abbiano differenti specializzazioni e dunque, afferendo a reparti o anche a strutture ospedaliere diverse, non sono fra loro legati da vincoli gerarchici – apportano ciascuno, all'atto medico complessivamente ed unitariamente considerato, un contributo che si colloca, rispetto agli altri, in una dimensione spaziale e temporale autonoma⁴⁵².

Ciascuno dei medici coinvolti si occupa – singolarmente o in *équipe*, a seconda della complessità con cui in concreto si presenta tale fattispecie: per semplicità utilizzeremo come paradigma l'ipotesi in cui si susseguono nel tempo più medici che operano, ciascuno, singolarmente – di un tratto della sequenza terapeutica ben definito spazialmente e temporalmente. Dunque, potremmo dire, ciascuno di loro assume, per un determinato lasso temporale o per una specifica fase

⁴⁵² D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, op. cit., pp. 997 e ss.; L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, op. cit., p. 827; A. VALLINI, *Cooperazione e concense in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, op. cit., p. 477; A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, op. cit., pp. 581 e ss.; ID., *Sulla successione nella posizione giuridica di garanzia*, in *Studium iuris*, 2004, p. 909 e ss.; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, op. cit., pp. 227 e ss.; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, op. cit., pp. 331 e ss.; M. L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 1478 e ss.; A. PALMA, *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, op. cit., p. 593 e ss., e 628 e ss.; S. CAMAIONI, *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, pp. 1628 e ss.; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, op. cit., pp. 260 e ss.; F. GIUNTA, voce *Medico (responsabilità penale del)*, in S. PATTI (diretta da), *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, IX, Milano, 2007, pp. 538 e ss.; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., pp. 74 e ss.: «In questa fattispecie, i sanitari si occupano dello stesso caso non contestualmente, bensì l'uno di seguito all'altro, dando vita ad un'ipotesi di successione nella titolarità della posizione di garanzia. I diversi medici, cioè, non sono *ab origine* contitolari del dovere di impedire l'evento, in quanto la posizione di garanzia viene assunta dai vari specialisti, appartenenti allo stesso reparto ospedaliero, in via successiva, ossia a seguito di una turnazione che li porta a intervenire, uno dopo l'altro, nell'attività diagnostico-terapeutica relativa al medesimo paziente. Il medico del turno successivo, subentrando al collega che, a sua volta termina il suo turno di lavoro, infatti, gli succede nella posizione di garanzia avente ad oggetto la protezione del bene giuridico costituito dalla vita e dalla salute del medesimo paziente». Nella manualistica, cfr. S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, op. cit., p. 382.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

dell'attività terapeutica in atto, un'autonoma posizione di garanzia nei confronti del paziente, da cui deriva un proprio obbligo di garanzia e un proprio obbligo di diligenza⁴⁵³. Le turnazioni di reparto o le stesse esigenze della particolare procedura medico-chirurgica in atto impongono che al termine del turno o del singolo apporto professionale, il paziente passi alle cure di un successivo medico. Si verifica, in tal caso, quella che la dottrina ha definito come successione⁴⁵⁴ nella posizione di garanzia: una particolare fattispecie, che analizzeremo meglio a breve, in cui si verifica un mutamento soggettivo nella posizione di garanzia della salute del paziente, tale per cui l'integrale sfera di obblighi e poteri di impedimento dell'evento trasmigra dal garante cedente al garante cessionario in un particolare momento che potremmo definire del "passaggio delle consegne".

La morfologia di questo particolare atteggiarsi della medicina svolta plurisoggettivamente – tipica delle organizzazioni complesse in cui le esigenze di continuità dell'erogazione del servizio pongono come fisiologico il problema del ricambio delle singole persone fisiche – si ripercuote, inevitabilmente, sui criteri di distribuzione della responsabilità fra i vari operatori, quindi sulle modalità di individuazione dei soggetti che effettivamente devono essere chiamati a rispondere in caso di evento infausto. In una situazione di tal fatta si pone, infatti, il problema

⁴⁵³ Sulla distinzione fra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza, cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *op. cit.*, p. 370 e ss., secondo cui le regole di diligenza vengono a delimitare e a plasmare lo stesso comportamento che si esige dal garante, di modo che «il "non fare tipico", ai sensi di una fattispecie omissiva colposa, si radicherà già nella mancata realizzazione di quelle misure di sicurezza, volte alla prevenzione di eventi lesivi del bene affidato al garante, che risultano doverose sulla base della "diligenza necessaria" nel "campo di azione e di vita" di volta in volta rilevante [...]». Questa funzione tipicizzante delle regole obiettive di diligenza, se consente di affermare che nelle fattispecie omissive colpose la problematica della colpa e quella dell'omissione si intersecano, non può però condurre a sostenere che la questione del dovere di garanzia coincide con quella del dovere obiettivo di diligenza o che in ogni caso la violazione del generale dovere di diligenza involge contemporaneamente l'accettazione di una lesione del dovere di garanzia»; C. E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, *op. cit.*, pp. 828 e ss., il quale sottolinea la doppia qualificazione normativa della condotta omissiva colposa, prima per effetto dell'obbligo giuridico di impedimento dell'evento *ex art. 40 cpv. c.p.*, poi per effetto della doverosa regola cautelare, rilevante *ex art. 43*, che specifica il contenuto dell'obbligo di garanzia; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, pp. 94 e ss., il quale sottolinea come la posizione di garanzia indichi il dovere di agire e i beni cui si dirige tale dovere, mentre l'obbligo di diligenza si riferisce alle modalità di comportamento necessarie per far fronte alla posizione di garanzia; cfr. ID., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, *op. cit.*, pp. 620 e ss.; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, *op. cit.*, p. 105, il quale sottolinea che, se sul piano contenutistico l'obbligo di diligenza e quello di impedimento dell'evento finiscano per coincidere, concettualmente si tratta di due entità distinte in modo tale che l'obbligo di diligenza deve basarsi sulla posizione di garanzia dell'omittente e la misura di diligenza esigibile non può oltrepassare quella cui il soggetto è tenuto come garante; F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, *op. cit.*, pp. 1281 e ss.

⁴⁵⁴ Scarsi i contributi scientifici sul punto; cfr. gli autori citati nelle note precedenti.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

di individuare i responsabili per un evento lesivo alla salute del paziente verificatosi a seguito di un atto medico che abbia visto il succedersi di una pluralità di medici nella posizione di garanzia rispetto allo stesso paziente. Si tratta di comprendere, fondamentalmente, come la responsabilità penale si distribuisca fra diversi garanti succedutisi nel tempo; e la soluzione non potrà che essere rispettosa del canone della “personalità” della responsabilità penale⁴⁵⁵. La soluzione interpretativa cui pervenire dovrà evitare il rischio che l’attribuzione di responsabilità per un evento lesivo sia agganciata unicamente al fatto di aver un determinato soggetto rivestito in passato una posizione di garanzia o di essere subentrato formalmente nella stessa, «senza tenere conto dell’effettiva impedibilità e controllabilità del fatto»⁴⁵⁶.

Il problema è ulteriormente aggravato dalla tendenza, presente nella giurisprudenza più risalente, di accertare il nesso di causalità sulla base di congetture a base statistica: per fronteggiare la carente efficacia predicativa delle leggi scientifiche di copertura e per semplificare l’ardua individuazione dell’autore del reato si finisce per radicare la responsabilità omissiva sulla mancata eliminazione o diminuzione di elementi di rischio. Col risultato di sovrapporre il giudizio di causalità omissiva a quello di causalità commissiva, convertendo arbitrariamente condotte attive in omissioni⁴⁵⁷.

I. 1. [Cooperazione diacronica ed *équipe*] Preliminarmente è bene chiarire se tale forma di cooperazione medica possa essere ricondotta fra le ipotesi di medicina d’*équipe* oppure costituisca un modulo organizzativo a sé.

La giurisprudenza parla, come abbiamo visto⁴⁵⁸, di cooperazione medica multidisciplinare, riunendo sotto un’unica nozione sia i casi in cui tale cooperazione

⁴⁵⁵ A. ALESSANDRI, voce *Impresa (Responsabilità penali)*, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁵⁶ A. GARGANI, *Ubi culpa*, *ibi omissio*, *op. cit.*, p. 596.

⁴⁵⁷ Cfr. L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 566 e ss.

⁴⁵⁸ Fra la giurisprudenza citata nei capitoli precedenti, a titolo meramente esemplificativo di un orientamento costante, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2008, n. 29443, Cortese: «Nel caso di cooperazione multidisciplinare nell’attività medica, 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 del professionista medio (Annullata con rinvio la sentenza di

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

avvenga in modo sincronico – quindi, nello stesso contesto spazio-temporale – sia i casi in cui invece la cooperazione si espliciti in tempi o anche luoghi diversi. La giurisprudenza sembra adottare quindi una nozione ampia di attività medico chirurgica in *équipe*, riferendo il termine sia all'*équipe* di reparto, sia alla cooperazione multidisciplinare sincronica e diacronica⁴⁵⁹.

Riteniamo, in accordo con l'opinione più diffusa in dottrina, che tale forma di cooperazione medica non sia riconducibile alla nozione di *équipe*, se non intesa in una accezione lata. Tuttavia, alla cooperazione diacronica possono essere applicati, entro i limiti che vedremo, i criteri di distribuzione della responsabilità penale che abbiamo analizzato con riferimento alla cooperazione multidisciplinare sincronica⁴⁶⁰.

II. [Distinzione tra successione nella posizione di garanzia “fisiologica” e “patologica”] Storicamente, come accennavamo, il tema della cooperazione medica diacronica è stato affrontato nell'ambito del reato omissivo improprio⁴⁶¹ ed è stato inteso come esempio paradigmatico del fenomeno della successione di più garanti nella posizione di garanzia nei confronti del paziente. Preliminarmente giova evidenziare, quindi, quali siano i tratti caratterizzanti tale istituto, anche con riferimento alla contigua ma differente ipotesi della delega di funzioni.

Si ha successione nella posizione di garanzia nel caso in cui taluno subentri ad un altro soggetto nella veste di garante – sia nell'ambito di un obbligo di garanzia di controllo che di protezione di un determinato bene giuridico – assumendo

assoluzione in appello, con la quale era stata affermata l'assenza di colpa dell'imputato che aveva fatto affidamento sull'errata diagnosi di infezione polmonare, fatta da un medico predecessore, mentre in realtà la paziente presentava segni di scompenso diabetico poi esitato nella morte»; in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, op. cit., p. 53.

⁴⁵⁹ Cfr. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, op. cit., 193. *Contra*, A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, op. cit., p. 480, il quale dubita della completa assimilabilità dei trattamenti sanitari in cui intervengono più medici, ma con apporti separati anche temporalmente, rispetto alle tradizionali operazioni in *équipe*. Cfr. altresì C. PARODI-V. NIZZA, *La responsabilità penale del medico*, op. cit., p. 139; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, op. cit., p. 215, il quale distingue nettamente fra *équipe* in senso stretto, in cui si svolge una cooperazione multidisciplinare sincronica, e l'*équipe* in senso lato, in cui gli apporti professionali non sono contestuali ma legati reciprocamente sul piano teleologico, data la convergenza verso il fine della tutela della salute del paziente.

⁴⁶⁰ A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario “diacronicamente plurisoggettivo”*, op. cit., p. 480; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, op. cit., p. 75.

⁴⁶¹ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, op. cit., *passim*; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, op. cit., *passim*; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, op. cit., *passim*; I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, op. cit., *passim*.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

integralmente obblighi e poteri che componevano la posizione di garanzia del precedente garante.

È bene distinguere i casi di successione “fisiologica” nella posizione di garanzia dai casi di successione “patologica”, cioè inficiata da inosservanze cautelari⁴⁶², in quanto, astrattamente, possono configurarsi due diverse situazioni: nel primo caso, la successione in attività medica non è inficiata da alcuna inosservanza cautelare da parte del garante cedente; viceversa, la successione può considerarsi “patologica” quando abbia ad oggetto un’attività medica “inosservante”, cioè un’attività in cui – oltre all’ineliminabile rischio intrinseco al suo esercizio – si manifesta un fattore di rischio ulteriore, causato commissivamente dal garante cedente, oppure già incombente sul bene giuridico ma non eliminato dal cedente stesso (quindi, in tal caso, la sua condotta assume i tratti di una omissione).

II. 1. [Distinzione fra trasferimento di obblighi di garanzia e successione nella posizione di garanzia] Preliminarmente si deve dare conto di una distinzione, recentemente messa in luce in dottrina, fra trasferimento di obblighi di garanzia e successione nella posizione di garanzia.

II. 1. 1. [Trasferimento di obblighi di garanzia; delega di funzioni] Nel caso del trasferimento di obblighi di garanzia, l’oggetto della traslazione dalla sfera giuridica del cedente a quella del cessionario è relativo a singole e specifiche funzioni impeditive, non all’intera corona di diritti, doveri e poteri impeditivi che costituisce la posizione di garanzia. L’effetto di questa traslazione è la creazione di un garante derivato che va a cumularsi col garante originario: il risultato è, dunque, l’esistenza di due posizioni di garanzia – quella, appunto, del garante *originario* e quella relativa al garante *derivato* – a contenuto differenziato rispetto allo stesso bene giuridico, da proteggere o controllare.

⁴⁶² A. GARGANI, Ubi culpa, ibi omissio, *op. cit.*, pp. 592 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

È il caso della c.d. delega di funzioni⁴⁶³, in cui si ha un trasferimento – non definitivo e non liberatorio⁴⁶⁴ – da parte del delegante in capo al delegato di obblighi e poteri impeditivi di cui il primo è titolare, con la creazione in capo al secondo di una nuova posizione di garanzia. La delega non ha, come accennato, una funzione liberatoria in capo al delegante, il quale conserva la titolarità della propria posizione di garanzia, pur a contenuto modificato: permane a suo carico un obbligo di vigilanza e controllo sul corretto espletamento delle funzioni delegate da parte del affidatario delle stesse⁴⁶⁵.

Dunque, nel caso della delega di funzioni e, più in generale, nel caso del trasferimento di singoli obblighi di garanzia, si determina una situazione di cumulo di garanti, quello originario e quello derivato e l'assenza di una integrale liberazione del delegante dalla propria posizione di garanzia, la quale peraltro assume un contenuto ridotto: permane integralmente nei suoi confronti l'obbligo di impedimento dell'evento per quanto concerne gli obblighi non delegati, mentre, relativamente a quelli trasferiti al delegato, permane un obbligo di vigilanza⁴⁶⁶ sul corretto espletamento degli stessi, da intendersi come modalità indiretta con cui il delegante adempie – pur sempre – alla propria posizione di garanzia.

L'elaborazione interpretativa ha rilevato che l'efficacia del trasferimento di singoli obblighi di garanzia dipende dal rispetto di alcuni requisiti formali relativi al

⁴⁶³ T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983, pp. 65 e ss.; D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Rass. Giur. lav.*, 1982, IV, pp. 181 e ss.; ID., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, pp. 106 e ss.; A. PAGLIARO, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, pp. 21 e ss.; A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, pp. 44 e ss.; A. ALESSANDRI, voce *Impresa (Responsabilità penali)*, *op. cit.*, p. 206; L. FIORAVANTI, *Delega di funzioni, doveri di vigilanza e responsabilità penale*, in *Giur. it.*, 1993, II, pp. 769 e ss.; P. ALDROVANDI, *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di delega di compiti penalmente rilevanti*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1995, pp. 699 e ss.; C. PEDRAZZI, *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1988, pp. 134 e ss.; T. VITARELLI, *Delega di funzioni e responsabilità penale*, *op. cit.*, *passim*; ID., *Profili penali della delega di funzioni*, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁶⁴ *Contra*, A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, *op. cit.*, pp. 43 e ss. e 87 e ss, fautore di una concezione oggettiva della delega di funzioni, integralmente liberatoria per il delegante. Per una critica a tale concezione, cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, *op. cit.*, pp. 620 e ss.

⁴⁶⁵ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 592, il quale evidenzia come l'opinione contraria, fondata sulla rilevanza oggettiva della posizione di garanzia, con conseguente totale efficacia liberatoria rispetto al delegante, «finisce per non distinguere, sul piano degli effetti, tra delega di funzioni e successione nella titolarità della posizione giuridica di obbligato ad impedire l'evento, cosicché in entrambi i casi si determinerebbe la liberazione definitiva del garante originario. Nell'ambito di tale concezione, la categoria della successione nella posizione di garanzia assumerebbe, così, un'estensione più ampia, ricomprendendo, in pratica, sia i casi di trasferimento di obblighi di garanzia, sia le ipotesi di successione in senso stretto».

⁴⁶⁶ D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, *op. cit.*, p. 107.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

negozio con cui tale vicenda traslativa avviene. In particolare, relativamente ai soggetti contraenti, si è ritenuto necessario che prendano parte al contratto sia il garante a titolo originario sia il garante a titolo derivato, per la ragione per cui il garante originario «è colui che detiene i poteri giuridici impeditivi, che costituiscono il fondamento del corrispondente obbligo, e, conseguentemente, è l'unico che possa disporne, nei limiti consentiti dalla legge»⁴⁶⁷; mentre non si reputa possa avere rilevanza penalistica la figura del contratto a favore di terzi avente ad oggetto obblighi di garanzia⁴⁶⁸. Inoltre si richiede che il garante a titolo derivato «posseda i requisiti di idoneità, formali e sostanziali, necessari ad assumere la veste di garante. Da quest'angolo visuale, si configura una responsabilità *in eligendo* in capo al garante originario ed un suo *onere* di controllo»⁴⁶⁹; infine è necessario che sia informato sui rischi incombenti sul bene su cui eserciterà gli obblighi che acquisisce contrattualmente.

Relativamente al contenuto del contratto di trasferimento degli obblighi di garanzia, deve avere ad oggetto l'effettivo trasferimento dei poteri impeditivi al garante derivato, sia giuridici che fattuali; con la conseguenza che il garante derivato potrà essere ritenuto responsabile per omesso impedimento, *ex art. 40, comma 2 c.p.*, solo nei limiti dei poteri effettivamente trasferiti e per gli eventi che, in forza di questi, era tenuto ad impedire. Ne consegue, ulteriormente, che il momento in cui può dirsi trasferito il singolo obbligo di garanzia, tenendo conto del principio della necessaria corrispondenza tra doveri e poteri giuridici impeditivi⁴⁷⁰, si ha non

⁴⁶⁷ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, p. 241: «[...] soltanto il garante *ex lege* o il titolare del bene potrà spogliarsi, anche temporaneamente o per compiti determinati, dei poteri-doveri inerenti alla sua posizione. Inoltre [...] spesso, al mancato trasferimento dei poteri giuridici impeditivi, si accompagna l'impossibilità materiale della reale «presa in carico» del bene da parte del terzo estraneo contrattualmente obbligato, con la conseguente impossibilità di esercitare il necessario controllo sulla situazione di pericolo per il bene tutelato».

⁴⁶⁸ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, p. 241: «[...] la stipulazione contrattuale fra estranei, con la derivante assunzione dell'obbligo contrattuale di impedimento, svincolata dal trasferimento dei poteri del titolare del bene o del garante a titolo originario è priva di significato per il diritto penale, e ricade sotto la disciplina dei rapporti obbligatori. Ciò in quanto il riferimento al trasferimento effettivo dei poteri impeditivi si rivela essenziale per valutare la sussistenza dell'obbligo di garanzia derivato». La tesi che assegna rilevanza penalistica al contratto tra terzi estranei alla posizione di garanzia «trascura [...] i requisiti penalistici dell'obbligo di garanzia. Invero, potrà senz'altro ricorrere, in queste ipotesi, lo schema del contratto a favore del terzo, ma esso, dal punto di vista del diritto penale, da un lato, non avrà alcun effetto liberatorio per il garante a titolo originario eventualmente esistente [...], dall'altro non vincolerà l'obbligato oltre i limiti della responsabilità contrattuale patrimoniale [...]».

⁴⁶⁹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, p. 242.

⁴⁷⁰ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, p. 245.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

quando il contratto⁴⁷¹, civilisticamente, può dirsi perfezionato, ma quando siano effettivamente trasferiti al garante i poteri giuridici e materiali che gli consentono di far fronte all'obbligo traslato.

II. 1. 2. [La successione nella posizione di garanzia; nozione] La successione nella posizione di garanzia, come già sinteticamente accentato, si caratterizza, rispetto al caso del mero trasferimento di singole funzioni, per la traslazione integrale e definitiva della posizione di garanzia dal garante cedente al garante cessionario, con integrale sostituzione del secondo nella stessa posizione di garanzia del primo. A differenza dell'ipotesi precedentemente menzionata, in questo caso la vicenda ha effetto integralmente liberatorio per il garante cedente, non residuando né un obbligo di ingerenza iniziale nell'attività del garante successivo, né, tanto meno, un obbligo di vigilanza sull'operato di quest'ultimo. Con il trasferimento della propria posizione di garanzia, il cedente si spoglia sia del proprio obbligo di impedimento dell'evento, sia dei correlativi poteri: entrambi transitano definitivamente nella sfera giuridica del subentrante, il quale diviene l'unico attuale garante del bene giuridico considerato. Dunque, non si realizza quel cumulo di posizioni di garanzia che abbiamo visto caratterizzare la vicenda precedentemente analizzata; si realizza invece un avvicendamento tra gli stessi, un mutamento soggettivo nella qualifica di "garante" richiesta per i reati omissivi impropri.

II. 2. [Condizioni di validità della successione "fisiologica" nella posizione di garanzia] Nell'analizzare le condizioni di validità della successione nella posizione di garanzia, si deve rilevare l'incertezza che caratterizza la produzione giurisprudenziale, legata al caso concreto e, pertanto, incapace di offrire criteri univoci e passibili di generalizzazione⁴⁷². Se da un lato vi è sostanziale accordo sulla

⁴⁷¹ Relativamente ai problemi derivanti dai vizi che inficiano la validità del contratto, cfr. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, pp. 246 e ss.

⁴⁷² A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 597, il quale evidenzia che «l'arbitrarietà e l'imponderabilità delle opzioni ermeneutiche applicate alla successione sono, non di rado, indotte dalla necessità di governare il veicolo estensivo della responsabilità previsto dall'art. 40/2 c.p. secondo esigenze repressive dettate da istanze di stampo *lato sensu* etico-sociale, che comportano frequenti "slabbrature" di predetta disposizione in fase applicativa».

trasferibilità integrale di una posizione di garanzia, si riscontra una certa eterogeneità di vedute con riferimento alle condizioni cui è subordinata l'efficacia della stessa.

Si registra in dottrina una costante tensione fra due principi potenzialmente confliggenti: a) il fondamento solidaristico della posizione di garanzia, volta ad una tutela rafforzata di particolari beni giuridici per l'incapacità o impossibilità dei loro titolari di proteggerli adeguatamente⁴⁷³; b) il diritto del garante di liberarsi dalla propria posizione di garanzia, a tutela della propria libertà individuale⁴⁷⁴.

Appare necessario dare conto dei risultati cui è pervenuta la dottrina che ha approfondito il tema.

II. 2. 1. [Liceità] Un primo requisito è la *liceità* del trasferimento della posizione di garanzia da un soggetto ad un altro, nel senso che non deve ricorrere un caso in cui la legge imponga un dovere giuridico di mantenimento della posizione di garanzia⁴⁷⁵; la cessione illegittima non potrà dunque produrre alcuna traslazione degli obblighi e dei poteri impeditivi e, in caso di evento lesivo per il bene giuridico oggetto di tutela, il garante originario, permanendo titolare della posizione di garanzia, ne risponde *ex art. 40 cpv. c.p.*

II. 2. 2. [Successione in posizioni di garanzia di protezione?] Altri requisiti sono stati enucleati indagando la natura ed il contenuto della posizione di garanzia oggetto della successione.

Secondo una diffusa opinione⁴⁷⁶ la successione nella posizione di garanzia è possibile solo con riferimento alle posizioni di garanzia relative al controllo di fonti di pericolo, stante la tendenziale inerenza delle stesse a beni disponibili che rientrano nella esclusiva signoria del garante finché non avvenga la fattispecie successoria. Altrettanto non potrebbe dirsi rispetto alle posizioni di garanzia che consistono nella

⁴⁷³ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, pp. 34 e ss.

⁴⁷⁴ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 597, il quale evidenzia come questi «profili tendenzialmente antinomici [...] condizionano le scelte ermeneutiche, ora favorendo la ricerca a ritroso, tendenzialmente illimitata, delle responsabilità dei garanti cessati, ora assegnando al principio di affidamento il compito di razionalizzare la complessità del riparto delle colpe».

⁴⁷⁵ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 598.

⁴⁷⁶ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, pp. 238 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

protezione di un determinato bene giuridico da qualsivoglia fattore che possa in qualche modo lederlo. Ciò in quanto i beni giuridici in gioco, in tal caso, sono quasi sempre indisponibili ed è la legge, eventualmente, a disciplinare puntualmente la fattispecie successoria, ove prevista; inoltre, ed è questo il tratto saliente, si tratta di beni «che è possibile e doveroso proteggere anche quando [sono stati] affidati ad altri»⁴⁷⁷. Nei casi in cui ciò non sia possibile, possono configurarsi solo trasferimenti temporanei della posizione di garanzia o casi di delega di singoli obblighi di impedimento dell'evento, ma non l'intera posizione giuridica del garante.

Con riferimento alla responsabilità penale del medico, come abbiamo già avuto modo di evidenziare, ricorre ormai tralattivamente la massima giurisprudenziale per cui «*gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici, sono tutti "ex lege" portatori di una posizione di garanzia, espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex articolo 2 e 32 Costituzione nei confronti dei pazienti, la cui salute essi devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità; e l'obbligo di protezione perdura per l'intero tempo del turno di lavoro*»⁴⁷⁸. Si tratta dunque di una posizione di garanzia con obbligo di protezione della salute del paziente⁴⁷⁹. La configurabilità di una successione nella posizione di garanzia fra medici che si succedono nel turno di lavoro o nell'effettuazione di un intervento che richiede una cooperazione multidisciplinare diacronica deriva non da una vicenda contrattuale ma dalla divisione del lavoro all'interno del reparto o dallo stesso atteggiarsi dell'intervento diagnostico-terapeutico da compiere⁴⁸⁰. Una vicenda di carattere contrattuale è sicuramente individuabile a monte del rapporto che lega il paziente alla struttura in cui la prestazione sanitaria viene erogata nei suoi confronti; ma poi le modalità con cui la cura si esplica riposano sulle norme organizzative interne alla struttura, quindi essenzialmente sui regolamenti, direttive, istruzioni che il medico in posizione apicale – nel caso dell'*équipe* di reparto – o il medico capo-*équipe* emanano per suddividere il carico di lavoro ai vari medici incardinati nella struttura.

⁴⁷⁷ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 599.

⁴⁷⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 11 marzo 2005, n. 9739, Dilonardo ed altri, in C.E.D. Cass., n. 230820.

⁴⁷⁹ In dottrina, *ex multis*, cfr. G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *op. cit.*, pp. 316 e ss.

⁴⁸⁰ L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, *op. cit.*, pp. 74 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

La vicenda della successione nella posizione di garanzia, nell'ambito delle strutture complesse ospedaliere, si salda dunque col principio della divisione del lavoro e con la necessità della continuità dell'erogazione del servizio che sta alla base delle turnazioni fra i vari medici. La tendenziale impossibilità, con riferimento alle posizioni di garanzia di protezione, di una loro definitiva cessione ad un nuovo garante, è superata dal dato normativo legislativo e sublegislativo che, conferendo ampi poteri organizzativi ai dirigenti sanitari in posizione apicale e disciplinando espressamente alcune tipologie di intervento medico plurifasiche (ad es., trapianti di organo⁴⁸¹), permette una successione nella posizione di garanzia anche in tali ambiti.

II. 2. 3. [Requisiti di effettività della successione nella posizione di garanzia]
Verifichiamo ora quali siano i requisiti specifici che permettano, nell'ambito della successione nella posizione di garanzia una completa liberazione del garante originario ed il pieno subentro, nella stessa posizione di garanzia, del garante subentrante.

La teoria generale del reato omissivo improprio vincola l'interprete a ricercare soluzioni interpretative che facciano salvi i principi di giuridicità dell'obbligo di garanzia e della sua effettività⁴⁸².

⁴⁸¹ F. GIUNTA, *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: profili generali e profili penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, pp. 67 e ss.; A. R. DI LANDRO, *Profili penalistici nei trapianti d'organo. esemplificazione casistica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, pp. 783 e ss.; A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, *op. cit.*, pp. 477 e ss.; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 245; R. FRESA, *La colpa professionale in ambito sanitario*, *op. cit.*, pp. 370 e ss.; R. BLAIOTTA, *Art. 43 c.p.*, *op. cit.*, pp. 510 e ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 1 ottobre 1999, Altieri ed altri, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, pp. 469 e ss.

⁴⁸² Il che è frutto della sintesi, probabilmente imperfetta, fra le diverse teorie affermatesi in materia di fonti dell'obbligo di garanzia. Accanto a teorie formali, strettamente legate al "dogma" della derivazione da fonte giuridica dell'obbligo di garanzia, *in primis* la legge e il contratto ma anche – con varietà di accenti in dottrina – la precedente azione pericolosa, la *negotiorum gestio* e la consuetudine, si sono affermate teorie di carattere sostanzialistico-funzionale che spostavano il fulcro del problema dalla giuridicità alla effettività della presa in carico del bene giuridico da proteggere o controllare e all'esercizio di fatto di poteri di garanzia. Una sintesi che permetta, da un lato, di agganciare ad un irrinunciabile dato giuridico-formale la fonte dell'obbligo di garanzia – in conformità al principio di legalità, *sub specie* di tassatività e determinatezza della fattispecie omissiva impropria – e che consenta, d'altro canto, di selezionare, fra una lata molteplicità di obblighi di agire, quelli realmente impeditivi di un determinato evento lesivo – istanza patrocinata dalle teorie sostanzialistiche – ha determinato la nascita dell'attuale orientamento ricostruttivo misto, sia formale che sostanziale: all'interno delle fonti formali di "potenziali" obblighi di garanzia, devono essere considerati effettivamente tali quelli che conferiscono al c.d. "garante", prima del sorgere della situazione di pericolo che attualizza la necessità di esplicitarli, poteri giuridici di vigilanza su un determinato bene giuridico, da controllare o proteggere, e di impedimento di eventi lesivi, a causa dell'incapacità o impossibilità dei titolari di tali beni giuridici di proteggerli adeguatamente; quindi allo scopo di garantirne una tutela rafforzata. Cfr. I. LEONCINI,

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

II. 2. 3. 1. [Passaggio di consegne fondato su fonti formali] Con specifico riferimento all'attività medico-chirurgica, la giuridicità del trasferimento delle posizioni di garanzia impone che il c.d. "passaggio di consegne" fra garante cedente e garante subentrante avvenga sulla base di fonti giuridiche formali; con riferimento all'attività medica, come già anticipato, è necessario fare riferimento a fonti legislative e sublegislative di organizzazione interna che consentono la turnazione del personale nella cura di uno stesso paziente o l'esercizio diacronico di particolari interventi particolarmente complessi.

In tal modo si determinano due conseguenze. Anzitutto si privano di rilevanza posizioni di garanzia di mero fatto, rispetto alle quali non si determina un fenomeno di effettiva traslazione, tale da far venire meno l'obbligo di impedimento dell'evento in capo al garante originario. Inoltre la mera perdita di controllo, fattuale, del bene giuridico oggetto della posizione di garanzia non può considerarsi momento finale della stessa rispetto al garante originario: è necessario un trasferimento formale della stessa, giuridicamente fondato⁴⁸³.

II. 2. 3. 2. [Effettività dei poteri impeditivi del successore] Si richiede inoltre, sotto il profilo sostanziale, l'effettività dei poteri impeditivi in capo al successore. In altre parole, è necessario, perché vi sia una reale successione nella posizione di garanzia, che il cessionario sia in condizioni di assumere una signoria sul bene da controllare e proteggere. Solo quando è in condizioni di esercitare gli stessi poteri impeditivi del cedente, il nuovo subentrante titolare della posizione di garanzia formalmente trasferita su base giuridica diviene effettivo destinatario del precetto penale che gli impone di evitare l'evento lesivo. In altre parole, il momento perfezionativo della vicenda traslativa si ha quando – conformemente alla ratio stessa dell'obbligo di garanzia, cioè fornire una tutela rafforzata a determinati beni giuridici per l'incapacità o impossibilità dei titolari di proteggerli adeguatamente – il garante subentrante, oltre ad avere un obbligo di garanzia, ha anche correlativi

Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza, op. cit., pp. 65 e ss. e 180 e ss.; nella manualistica, F. MANTOVANI, *Diritto penale, op. cit.*, p. 163 e ss.

⁴⁸³ G. GRASSO, *Il reato omisivo improprio, op. cit.*, p. 168 e p. 325.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

poteri giuridici che gli consentono di adempiere a tale obbligo. Solo in tale maniera si instaura quel vincolo garante/bene in cui si sostanzia la posizione di garanzia.

In difetto, cioè in assenza di tale trasmissione di poteri, il mero trasferimento della titolarità dell'obbligo di garanzia non è sufficiente a perfezionare la fattispecie in analisi: il garante "cedente" non può considerarsi tale, rimanendo unico garante del bene giuridico considerato. Si libera, lo ribadiamo, solo nel momento in cui il cessionario successore, oltre ad una formale investitura, riceve anche poteri giuridici impeditivi dell'evento.

Con riferimento al settore medico, merita di essere compiuta una precisazione. Il momento in cui si verifica la traslazione della posizione di garanzia dal cedente al cessionario non coincide né con la formale investitura a "garante" del successore, né con la presa in carico del bene giuridico da parte di costui. L'avvicendamento liberatorio per il cedente si ha quando il cessionario è in grado di esercitare gli stessi poteri di organizzazione e controllo del cedente, quindi quando acquisisca gli stessi poteri del predecessore⁴⁸⁴. E ciò accade quando si verifichi un completo scambio di informazioni fra garante uscente e garante subentrante⁴⁸⁵: il

⁴⁸⁴ Si è posto, specialmente nel diritto penale dell'impresa, il problema dell'individuazione del soggetto penalmente responsabile nel caso in cui l'evento lesivo si sia verificato a breve distanza di tempo dall'avvicendamento nella posizione di garanzia. Le soluzioni fornite dalla giurisprudenza non sono univoche, a volte dandosi rilevanza "scriminante" alla brevità del lasso temporale trascorso dal momento in cui il garante successore è stato investito dei poteri impeditivi; altre volte, invece, non assegnandosi alcun peso a tale circostanza. In dottrina prevale l'idea per cui tale circostanza non possa incidere sulla sussistenza della posizione di garanzia in capo al garante successore, il quale acquisisce immediatamente il proprio ruolo impeditivo nel momento in cui alla titolarità formale dello stesso si accompagna la titolarità di poteri giuridici impeditivi; al più la repentina verifica di un evento lesivo può rilevare ai fini della colpa, potendosi a seconda delle circostanze del caso concreto ritenersi inesigibile la condotta salvifica omessa. Cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 600 e 606 e ss.

⁴⁸⁵ In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 2 aprile 1997, n. 4211, Di Paola, in C.E.D. Cass., n. 207879: «*Il medico ospedaliero che termina il suo turno di lavoro ha lo specifico dovere di fare le consegne a chi gli subentra in modo da evidenziare a costui la necessità di un'attenta osservazione e di un controllo costante dell'evoluzione della malattia del paziente che sia soggetto a rischio di complicanze*»; Cass. Pen., Sez. IV, 30 gennaio 2008, n. 8615, Mariotti, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 1476, con nota di M. L. MATTHEUDAKIS, *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, *op. cit.*, pp. 1478 e ss., e in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, *op. cit.*, p. 48: «*In tema di colpa professionale, il medico che succede ad un collega nel turno di un reparto ospedaliero, assume nei confronti dei pazienti ricoverati la medesima posizione di garanzia di cui quest'ultimo era titolare, il che lo obbliga ad informarsi dal medico smontante sulle condizioni di salute dei pazienti ricoverati, in particolare di quelli maggiormente a rischio o che necessitano di particolari cure*». Cfr. altresì, Cass. Pen., Sez. IV, 15 dicembre 2005, n. 16991, Mastropasqua, *op. ult. cit.*, p. 48: «*In tema di successione fra operanti nella tutela del medesimo bene giuridico, non dismette la propria posizione di garanzia il garante originario che non si sinceri del fatto che il proprio successore abbia effettivamente preso in carico il bene stesso (fattispecie in cui un medico cardiologo si è limitato ad avvisare un medico chirurgo circa la presenza di un paziente di competenza di quest'ultimo, senza peraltro verificare che il c.d. passaggio delle consegne fosse effettivamente avvenuto è, quindi, di smettendo anzitempo la propria posizione di garanzia in capo al paziente)*».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

primo deve rendere edotto il secondo del quadro anamnestico, diagnostico e terapeutico fino a quel momento emergente; in altre parole, deve renderlo edotto di tutti i rischi che gravano sul paziente al momento del passaggio delle consegne.

Tale obbligo di informazione, oltre a gravare sul garante uscente, è imposto anche al garante subentrante, il quale deve informarsi approfonditamente sulla situazione su cui è chiamato ad intervenire, in particolare allo scopo di identificare fattori di rischio non palesi, sui cui avrebbe altrimenti difficoltà diagnostiche. Il dovere di informazione del subentrante, in altre parole, non è assolto unicamente attingendo al patrimonio conoscitivo del predecessore, ma anche attraverso un personale attivarsi del successore, il quale è tenuto a prendere cognizione della cartella clinica del paziente e ad effettuare nei suoi confronti un esame obiettivo.

Nella successione fra garanti in ambito medico, il momento del passaggio delle consegne caratterizzato dal predetto scambio di informazioni⁴⁸⁶ fra garante uscente e garante subentrante segna quindi il limite temporale della posizione di garanzia del predecessore⁴⁸⁷: a partire da questo momento egli cessa di essere obbligato, con la conseguenza che potrà legittimamente disinteressarsi della sorte del paziente, in applicazione del principio di affidamento.

II. 2. 3. 3. [Idoneità del garante cessionario: rilevante?] Dunque, non si discute del fatto che il momento del passaggio delle consegne debba sostanziarsi nell'ottemperanza ad un reciproco obbligo di informazioni fra garanti⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ Sull'importanza dello scambio di informazioni fra garanti in avvicendamento: P. PIRAS-G. LUBINU, *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, *op. cit.*, p. 315; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 243; F. AMBROSETTI-M. PICCINELLI-R. PICCINELLI, *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, *op. cit.*, p. 64; M. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, *op. cit.*, p. 208.

⁴⁸⁷ M. FERRANTE, *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, *op. cit.*, p. 209; L. GIZZI, *Équipe medica e responsabilità penale*, *op. cit.*, pp. 81 e ss., la quale evidenzia che «L'effetto traslativo del fenomeno successorio non può, pertanto, conseguire in via automatica allo scadere dei tempi e, più in generale, al maturare dei presupposti indicati dagli atti organizzativi ed amministrativi della struttura sanitaria che tratteggiano la turnazione oraria: il trasferimento della posizione di garanzia presuppone che il professionista subentrante assuma in modo effettivo i poteri impeditivi, requisito necessario per attuare una continuità della cura che impedisca pericolosi vuoti di tutela del bene oggetto di protezione».

⁴⁸⁸ C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2003, p. 29.

Si discute, invece, se abbia rilevanza ai fini del perfezionamento della vicenda successoria il requisito della idoneità del garante cessionario⁴⁸⁹ ad assumere la posizione di garanzia cedutagli.

L'opinione prevalente è nel senso che l'eventuale inidoneità del successore, nel caso di successione nella posizione di garanzia non inficiata da inosservanze cautelari durante la gestione precedente, non possa incidere in alcun modo sull'effetto liberatorio che la vicenda svolge rispetto al garante cedente. Egli si libera di ogni obbligo e potere impeditivo e, in caso di evento infausto, non ne risponde né a titolo di *culpa in eligendo* – non essendo obbligato a verificare, prima di cedere i propri poteri, che il garante successore sia in grado di farvi fronte – né a titolo di *culpa in vigilando*, al contrario di quanto accade, come detto, nell'affine fattispecie della delega di funzioni.

Come in precedenza accennato, il garante cedente, avendo gestito correttamente la propria sfera di rischio, può invocare, in caso di evento lesivo, il principio di affidamento: può, dunque, legittimamente ritenere che chi gli succeda agirà conformemente alle regole cautelari che disciplinano la posizione di garanzia ceduta. Da ciò consegue la non configurabilità di un obbligo di ingerenza iniziale nell'attività del successore: la semplice astratta prevedibilità di un altrui comportamento colposo non fa venire meno l'affidamento stesso come regola intersoggettiva limitativa dei doveri cautelari relazionali gravanti su ciascuno⁴⁹⁰.

Con specifico riferimento al settore medico, dunque, potremmo affermare che colui che cessa il proprio turno di lavoro e passi le consegne al medico del turno successivo, trasferendogli la posizione di garanzia relativamente ad uno specifico paziente, non risponde di eventuali eventi lesivi accaduti successivamente, a patto che la propria gestione sia stata incensurabile sotto il profilo cautelare ed il passaggio di consegne sia stato “informato”. Verificatasi la trasmissione dei poteri giuridici impeditivi rispetto al garante successivo, costui assume integralmente la posizione di garanzia del predecessore, con effetto totalmente liberatorio per quest'ultimo⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ D. PULITANÒ, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁹⁰ A. GARGANI, *Sulla successione nella posizione di garanzia*, *op. cit.*, p. 912.

⁴⁹¹ F. GIUNTA, voce *Medico (responsabilità penale del)*, *op. cit.*, p. 541; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, *op. cit.*, p. 242: «nel caso del trattamento multidisciplinare

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

III. [La successione “patologica” nella posizione di garanzia] Deve ora verificarsi se gli stessi principi analizzati in precedenza possano applicarsi alla diversa ipotesi in cui oggetto della successione sia una posizione di garanzia su un determinato bene giuridico su cui incombe un fattore di rischio generato, commissivamente o omissivamente, dal garante cedente. La particolarità di tale fattispecie consiste nel fatto che il fattore di rischio non si è tradotto in un evento lesivo durante la “gestione” del bene giuridico operata dal precedente garante; al più, si è determinato un mero aumento del rischio della sua verifica, realizzatasi durante l’esercizio dei poteri impeditivi del garante successivo⁴⁹². Nel caso in cui tale evento si sia verificato durante l’esercizio della propria posizione di garanzia da parte del garante subentrato, si pongono diversi problemi.

Dal punto di vista del garante cedente: può rispondere, a successione avvenuta, per un fatto realizzato almeno in parte durante la sua “gestione” del rischio? E inoltre, il proprio dovere di informare il garante subentrante, finalizzato ad evitare l’evento lesivo, si spinge anche alle proprie inosservanze cautelari?

Dal punto di vista del garante cessionario: ha il dovere di neutralizzare il fattore di rischio rappresentato dalla condotta altrui? Se l’evento lesivo si verifica durante il periodo di esercizio della propria posizione di garanzia, egli risponde dell’inosservanza altrui? In altre parole, quando assume la posizione di garanzia, egli ha il dovere di indagare sulla condotta del predecessore per verificare la presenza di eventuali inosservanze cautelari?

La soluzione che la giurisprudenza prevalente fornisce a tali interrogativi è nel senso che, in caso di successione in attività inficiata da inosservanze cautelari, l’evento lesivo sia ricollegabile al garante che abbia dismesso, per via della stessa

diacronico, il medico che ha correttamente espletato le mansioni relative al segmento dell’iter terapeutico a lui assegnato si libera da ogni responsabilità, non potendo essere chiamato a rispondere per omesso impedimento di un evento lesivo verificatosi in un’altra fase della procedura. [...] Una volta avvenuto il “passaggio di consegne” da un sanitario ad un altro, infatti, l’operatore precedente non ha più alcun potere di prevenire una futura situazione di pericolo per il bene medesimo o di intervenire per scongiurare un pericolo in atto, né conserva poteri di ingerenza e/o controllo sulle fasi successive dell’iter terapeutico, che si svolgono appunto in tempi e luoghi diversi, sotto la direzione di altri medici. Non si può dunque pretendere, pena la violazione del principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, che a seguito della fuoriuscita “fisiologica” del bene garantito dalla sfera di dominio del garante originario quest’ultimo continui ad essere gravato da una (inattuabile) posizione di protezione nei confronti di tale bene».

⁴⁹² A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 610.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

vicenda successoria, la propria posizione di garanzia, in forza del c.d. *principio di continuità della posizione di garanzia*; per cui la successione non elide la responsabilità penale del cedente per un evento successivo alla dismissione della sua posizione di garanzia⁴⁹³.

III. 1. [Il principio di continuità della posizione di garanzia] Questo orientamento interpretativo è stato inaugurato dalla S.C. nella pronuncia che ha deciso le responsabilità penali conseguenti al c.d. “disastro di Stava”⁴⁹⁴. Nel noto caso in questione, si riconobbe la responsabilità di una serie di garanti che si avvicendarono, in un arco temporale complessivo di circa 23 anni, nella progettazione, costruzione e gestione dei bacini di decantazione di una miniera. Il loro crollo ebbe conseguenze apocalittiche sulla popolazione del paese di Stava, situato a valle.

I fattori causali furono individuati nella difettosa progettazione e costruzione di tali bacini, tale che costituirono *ab origine* una minaccia imminente; inoltre i garanti successivi non li gestirono adeguatamente, omettendo la neutralizzazione di fattori di rischio riconoscibili ed effettuando persino, senza le necessarie competenze tecniche, modifiche strutturali non rispettose delle *leges artis*. L’addebito, dunque, di non aver applicato lo stato dell’arte in materia, attraverso la omessa applicazione di misure che avrebbero azzerato il rischio del crollo, fu mosso a tutti coloro che, in sequenza, si avvicendarono nelle rispettive posizioni di garanzia, ciascuno dei quali ha trasferito al proprio successore una posizione di garanzia inficiata da inosservanze cautelari.

Relativamente all’addebito di colpa, è stato ritenuto che l’evento, prevedibile ed evitabile, avrebbe dovuto essere ricollegato alla mancata adozione di opportuni strumenti di controllo e alla omessa considerazione dei profili relativi alla sicurezza degli impianti.

Ai nostri fini, il nodo della questione attiene alla verifica dell’eventuale incidenza della successione rispetto alla preesistente posizione di garanzia: in caso di

⁴⁹³ D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, op. cit., pp. 998 e ss.

⁴⁹⁴ Cass. Pen. Sez. IV, 11 dicembre 1990, n. 4793, Bonetti ed altri, in C.E.D. Cass., n. 191793.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

successione “patologica” – in quanto compromessa da pregresse inosservanze cautelari – il garante precedente è libero dai propri obblighi impeditivi?

Per risolvere questo problema, la S.C. richiama, con indubbia inversione metodologica⁴⁹⁵, il principio di affidamento, sostenendone la non invocabilità da parte del garante cedente che abbia egli stesso violato delle regole cautelari. Egli non può confidare sul fatto che chi gli succeda nella stessa posizione di garanzia adempirà al proprio dovere di eliminare il fattore di rischio esistente. Non potendo essere invocato, il principio di affidamento non esplica la propria funzione limitatrice della responsabilità dell'affidante. Da ciò consegue, che la colpa del cedente ed il successivo omesso emendamento della stessa ad opera del garante subentrante devono considerarsi entrambi degli antecedenti causali efficienti rispetto all'evento finale. Si precisa, inoltre, che l'omissione del successore non può considerarsi, ai fini dell'applicabilità dell'art. 41 cpv. c.p., un fattore sopravvenuto da solo sufficiente a cagionare l'evento, quindi non esplica alcuna efficacia interruttiva del nesso di causalità fra la inosservanza cautelare del cedente e la successiva omissione del successore.

Quindi, secondo la prospettiva accolta dalla S.C., e destinata a spiegare una forte influenza sulla giurisprudenza successiva, la successione “patologica”: a) non elide la colpa del cedente, il quale, di per sé, non può affidarsi al futuro comportamento diligente del proprio successore; b) non interrompe il nesso di causalità fra la condotta colposa del primo garante e l'evento⁴⁹⁶.

Dunque, il garante cedente, pur non potendo considerarsi – “attualmente”, rispetto all'evento lesivo – come tale, risponde a titolo omissivo dell'evento verificatosi anche per effetto della propria inosservanza cautelare. La successione fa venire meno in capo al garante originario la possibilità di dominare la fonte di pericolo ma – in base a tale ricostruzione interpretativa – non fa venire meno anche la garanzia. Del resto, si sostiene nella motivazione della sentenza, gli effetti negativi di un'azione o di un'omissione possono prodursi anche a distanza di tempo, quando la fonte di pericolo non sia più sotto il dominio di chi ha realizzato il fattore di

⁴⁹⁵ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 616.

⁴⁹⁶ D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, *op. cit.*, pp. 998 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

rischio causale. Tuttavia, ciò non impedisce di attribuire l'evento a quella omissione, quindi a quel garante.

In sostanza, la successione "patologica" lascia permanere l'obbligo di impedimento dell'evento in capo al garante cedente; il quale, per andare esente da ogni responsabilità, dovrebbe: a) eliminare i rischi da lui determinati, finché, rivestendo attualmente la posizione di garanzia, possa dominarli; b) assicurarsi, in alternativa, che sia il successore a provvedere ad eliminarli. Solo l'intervento risolutivo del successore, in effetti, potrebbe elidere la colpa originaria del garante cedente; se così non fosse, anch'egli risponderebbe dell'evento verificatosi.

Questo orientamento giurisprudenziale, quindi, ha postulato la continuità della posizione di garanzia nel caso in cui il garante originario sia stato inosservante delle cautele nei suoi confronti imposte. Tale ricostruzione appare fondata, da un lato, sull'implicito richiamo alla teoria della precedente condotta pericolosa come fonte dell'obbligo di garanzia; dall'altro, sull'impossibilità di invocare, da parte di chi versi in colpa, il principio di affidamento in funzione ablatoria della propria colpa. Dell'evento dovrebbe rispondere, oltre all'attuale garante che non abbia dominato i rischi percepibili ed evitabili, anche il garante anteriore che ha colposamente innestato specifici fattori di rischio.

III. 1. 1. [Conferme giurisprudenziali del principio di continuità della posizione di garanzia] Il richiamato orientamento giurisprudenziale, che esclude la possibilità per il garante inosservante, nel caso di successione nella posizione di garanzia, di andare esente da responsabilità colposa invocando il principio di affidamento sulla correttezza della condotta di chi gli succeda, ha trovato nel tempo significative conferme.

Due casi, ormai risalenti, sono tuttavia sufficientemente esemplificativi. In una circostanza⁴⁹⁷ la S.C. ha condannato per omicidio colposo due medici che, pur

⁴⁹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 1 ottobre 1998, n. 11444, Bagnoli ed altro, in C.E.D. Cass., n. 212140, così massimata: «In tema di causalità, non può parlarsi di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio alla omissione; sì che ove, anche per l'omissione del successore, si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto e potuto impedire, l'evento stesso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento. (Fattispecie di omicidio colposo per colpa

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

avendone ciascuno autonomamente la possibilità, non hanno eliminato una emorragia in atto, con conseguenze letali per il paziente. Anche in tal caso, come nella sentenza relativa al disastro di Stava sopra richiamata per sommi capi, la S.C. ha escluso l'operatività del principio di affidamento in capo al garante predecessore, nell'ambito di un'argomentazione volta a dimostrare che, sul piano causale, l'evento ha due antecedenti efficienti, cioè le colpe di entrambi i garanti avvicendatisi, non potendo la colpa del secondo qualificarsi come causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l'evento in modo tale da interrompere il nesso causale fra questo e la prima inosservanza.

In altra fattispecie⁴⁹⁸, la S.C. ha osservato il fenomeno della successione nella posizione di garanzia da punto di vista del garante successore, stabilendo che non possa essere invocato quando il quadro clinico sia mutato rispetto al momento in cui il paziente era sottoposto alle cure del predecessore; in altre parole la percezione di circostanze che lascino dubitare della correttezza della diagnosi o della terapia precedentemente effettuata, obbliga il successore a rimeditare il caso, non potendo più basarsi sul presupposto, altrimenti regolare, della correttezza dell'operato di chi lo ha preceduto. In breve: in caso di successione fra garanti, l'affidamento del successore permane se rimane immutato il sostrato fattuale su cui si basa, non invece al mutare dello stesso⁴⁹⁹.

Tali orientamenti sono pressoché costanti⁵⁰⁰. Paiono fondarsi su due argomentazioni fondamentali: a) la precedente azione pericolosa come fonte

professionale, in cui la Corte ha giudicato corretto il giudizio di responsabilità di entrambi i medici, che, avendone ciascuno autonomamente la possibilità, in successione temporale, non hanno eliminato la fonte di pericolo – emorragia – evolutasi a causa delle loro omissioni nella morte di una puerpera)».

⁴⁹⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 10 novembre 1998, n. 2774, Maresi, in C.E.D. Cass., n. 213223, di cui si riporta la massima: «In tema di causalità, laddove si verifichi una successione temporale di medici nella struttura ospedaliera, il principio dell'affidamento di un medico nell'operato del predecessore ha efficacia scriminante nel perdurare delle stesse condizioni e non nel mutare di esse a causa dell'insorgenza di nuovi elementi sintomatici, non esistenti in precedenza – e perciò, naturalmente, non rilevati dai colleghi precedentemente intervenuti – ma insorti successivamente nell'arco di tempo garantito con la propria assistenza. (Fattispecie in cui, secondo l'accertamento di merito, i sintomi di una macrosomia fetale si erano manifestati successivamente all'operato dei precedenti medici di turno)».

⁴⁹⁹ Per una critica a tale orientamento che esclude tendenzialmente l'affidamento del successore nel corretto operato del predecessore, cfr. D. CASTRONUOVO-L. RAMPONI, *Dolo e colpa nel trattamento medico sanitario*, op. cit., pp. 998.

⁵⁰⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 26 maggio 1999, n. 8006, Cattaneo ed altri, in C.E.D. Cass., n. 214248: «In tema di causalità, non può parlarsi di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per avere violato determinate norme precauzionali o per avere omesso determinate condotte e, ciononostante, confidi che altri, che gli succede nella stessa posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio alla omissione; sì che ove, anche per l'omissione del successore, si produca l'evento che una certa azione avrebbe dovuto e potuto impedire, l'evento stesso avrà due antecedenti causali, non potendo il secondo

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

dell'obbligo giuridico di garanzia (anche perdurante alla stessa successione); b) la conseguente impossibilità, da parte del garante cedente, di fare affidamento nella condotta corretta del garante subentrante.

III. 2. [La precedente azione pericolosa come fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento] La teoria della continuità della posizione di garanzia, patrocinata dalla giurisprudenza della S.C. nei casi di successione "patologica" nella posizione di garanzia, sembra poggiare implicitamente – come in precedenza anticipato – sulla concezione per cui fra le fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento possa essere annoverata la propria precedente azione pericolosa⁵⁰¹.

Tale teoria – c.d. *dell'ingerenza* – si è sviluppata nella dottrina tedesca del XIX secolo, improntata, relativamente ai criteri di imputazione dell'evento ad un determinato soggetto, sul principio causalistico. Un determinato evento può essere imputato ad un determinato soggetto se questi lo ha causato con la propria condotta. Il problema di tale teoria riguarda i reati omissivi impropri, nei quali non

*configurarsi come fatto eccezionale, sopravvenuto, sufficiente da solo a produrre l'evento. (Fattispecie di omicidio colposo per colpa professionale, in cui la Corte ha giudicato corretto il giudizio di responsabilità di entrambi i medici, che, avendone ciascuno autonomamente la possibilità, in successione temporale, non hanno eliminato la fonte di pericolo – emorragia – evolutasi a causa delle loro omissioni nella morte di un soggetto sottoposto a splenectomia)»; Cass. Pen., Sez. IV, 7 aprile 2004, n. 25310, Ardovino e altri, in C.E.D. Cass., n. 228954: «In tema di successione nella posizione di garanzia, il principio di affidamento, nel caso di ripartizione degli obblighi tra più soggetti, se da un lato implica che colui il quale si affida non possa essere automaticamente ritenuto responsabile delle autonome condotte del soggetto cui si è affidato, dall'altro lato comporta anche che – qualora l'affidante ponga in essere una condotta causalmente rilevante – la condotta colposa dell'affidato non vale di per sé ad escludere la responsabilità dell'affidante medesimo. (Fattispecie relativa a responsabilità medica: la Corte ha rigettato il ricorso degli imputati contro la sentenza di merito che aveva accertato la loro responsabilità per la morte di una paziente, nonostante i sanitari ricorrenti avessero eccepito che la vittima era stata presa in cura da un'altra struttura sanitaria già un mese prima il decesso)»; Cass. Pen., Sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 18568, Cloro ed altri, in C.E.D. Cass., n. 231538: «In tema di responsabilità medica, con riferimento all'ipotesi di intervento effettuato da un'equipe chirurgica, il principio di affidamento non opera quando colui che si affida sia in colpa per aver violato norme precauzionali o per aver omesso determinate condotte confidando che altri, succedendo nella posizione di garanzia, elimini la violazione o ponga rimedio all'omissione: ne consegue che l'eventuale evento dannoso, derivante anche dall'omissione del successore, avrà due antecedenti causali, non potendo la seconda condotta configurarsi come fatto eccezionale e sopravvenuto, di per sé sufficiente a produrre l'evento. (Nella fattispecie la Corte ha ritenuto l'intera équipe operatoria colpevole delle lesioni provocate al paziente nel cui addome era stata lasciata una pinza)»; Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 2007, n. 21602, Ventola, in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, op. cit., p. 48: «Chi riveste la posizione di garanzia e con la sua condotta colposa ha creato una situazione di pericolo, non può fare legittimamente affidamento nella eliminazione di quella situazione da parte del garante successivo; qualora anche il successore sia in colpa dell'evento si verifichi, questo avrà due antecedenti causali: la condotta colposa del primo e del secondo garante (Ipotizzate scorrette manovre rianimatorie da parte del medico successore: negata l'applicazione del principio di affidamento al medico predecessore che non aveva trattenuto un piccolo paziente presso il pronto soccorso in aveva disposto il trasferimento presso un ospedale accompagnato dai genitori)».*

⁵⁰¹ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, op. cit., p. 625, parla a tale proposito, con riferimento alla c.d. teoria dell'ingerenza di «uno strumento "a buon mercato", per riportare il cedente "in colpa" sul carro di coloro i quali debbono essere chiamati a rispondere di omesso impedimento dell'evento».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

esiste una causalità reale, ma solo un equivalente sul piano normativo. Quindi, gli studiosi aderenti a tale orientamento ritennero di salvarne la coerenza intrinseca imputando l'evento, in caso di omissione, ad una precedente azione pericolosa svolta dallo stesso soggetto⁵⁰². Ciò sulla base del presupposto teorico per cui ogni norma penale di divieto circa la commissione di un determinato comportamento contiene implicitamente un comando avente ad oggetto l'evitare che dalla violazione di quello stesso divieto derivino eziologicamente quegli eventi lesivi che la norma violata mirava a reprimere⁵⁰³.

Nonostante le severe critiche a cui questa impostazione fu sottoposta⁵⁰⁴, la dottrina tedesca ebbe a raffinarne la struttura, ritenendo che la precedente azione pericolosa, anziché fungere da termine di giudizio per la valutazione della causalità dell'omissione, sia semplicemente fonte fattuale di un obbligo normativo di impedimento dell'evento che da quella condotta derivi. Il risultato finale, adottando questa prospettiva, è che colui che compie una condotta pericolosa è tenuto obbligatoriamente ad attivarsi perché questa non degeneri in danno, a pena di rispondere dell'evento che ne deriva a titolo omissivo improprio⁵⁰⁵.

In Italia, questa teoria ha avuto alterne fortune, dividendosi la dottrina fra ossequio alla tradizione dogmatica tedesca⁵⁰⁶ e difficoltà sulla piena compatibilità di tale teorica con l'assetto legalistico del nostro diritto penale⁵⁰⁷.

⁵⁰² I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, p. 106; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, *op. cit.*, pp. 12 e ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *op. cit.*, pp. 277 e ss.

⁵⁰³ Cfr. A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 625, nota 153 e ss. per gli opportuni riferimenti alla dottrina tedesca.

⁵⁰⁴ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, p. 106, la quale riporta la principale obiezione mossa a tale modo di procedere: «da sfasatura temporale tra causalità (attiva) e colpevolezza (dolo omissivo) che viene a prodursi».

⁵⁰⁵ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁰⁶ G. BETTIOL-L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 322: «L'obbligo di attivarsi per impedire un evento può sorgere anche da una propria attività precedente, come nel comune esempio di colui che suscita imprudentemente un fuoco in un luogo pericoloso e ometta poi di spegnere le fiamme, le quali determinano un incendio. [...] Non v'è alcuna ragione, logica o giuridica, che sia di ostacolo ad ammettere l'esistenza di un dovere di eliminare una situazione di rischio per i beni protetti creata con il proprio comportamento. [...] L'obbligo giuridico non occorre sia espressamente formulato: esso può derivare dal complesso dell'ordinamento»; in termini, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, *op. cit.*, p. 255.

⁵⁰⁷ G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, *op. cit.*, p. 204, il quale evidenzia come la dottrina italiana, spesso, si sia limitata ad accogliere e propugnare, senza il necessario approfondimento, i risultati cui perveniva la dottrina tedesca di stampo marcatamente sostanzialistico-funzionale, e dunque libera dai vincoli legalistici propri del nostro sistema penale.

Tale teoria, però, deve essere attualmente rigettata con riferimento al sistema penale italiano, basato – relativamente alle fonti dell’obbligo di garanzia – su un sistema misto, formale e sostanziale. La dottrina più recente⁵⁰⁸ ha evidenziato come, in un sistema che individui le fonti dell’obbligo di garanzia in modo conforme al principio di legalità, in particolare dei corollari della tassatività – che impone di espungere dalle fonti dell’obbligo di garanzia quei comandi non sufficientemente specifici e determinati nel contenuto – e della riserva di legge – che impone di interpretare in senso restrittivo il canone della «giuridicità» dell’obbligo di garanzia di cui all’art. 40, comma 2 c.p., limitandone la portata alle sole fonti formali, con conseguente esclusione di fonti extralegali, sublegislative e della stessa legge penale – non possa trovare accoglimento fra le suddette fonti la propria precedente condotta pericolosa. Ciò per una serie di argomentazioni.

Anzitutto tale teoria contrasta col principio della riserva di legge, non esistendo alcuna norma giuridica⁵⁰⁹, nel nostro sistema, che imponga un obbligo di evitare le conseguenze lesive derivanti causalmente dalla propria condotta rischiosa.

Inoltre si finirebbe per considerare garante chiunque abbia compiuto una precedente attività pericolosa, con evidente arbitraria compressione della libertà personale, essendo tutti, indistintamente, tenuti ad agire per evitare le conseguenze dannose del proprio agire. Ma con ciò si negherebbe fondamento ad una ricostruzione costituzionalmente orientata del reato omissivo improprio, tale che l’obbligo di garanzia debba gravare solo su specifici soggetti previamente individuati e dotati di appositi poteri giuridici impeditivi dell’evento lesivo⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, pp. 103 e ss., secondo cui «Il fondamento logico e giuridico del suddetto principio non ha mai ricevuto compiuta dimostrazione e, invero, esso appare fondato unicamente su una base intuitiva, per rispondere a presunte esigenze di giustizia sostanziale»; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, pp. 165 e ss.

⁵⁰⁹ Parte della dottrina ha ritenuto di poter ravvisare il fondamento normativo della teoria dell’ingerenza nell’art. 2050 c.c.: cfr. M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 1973, p. 65; I. CARACCIOLI, *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1976, p. 196. In senso critico, attualmente si evidenzia come tale norma si riferisca non all’ipotesi della precedente azione pericolosa ormai esaurita, ma all’attività pericolosa in atto; cfr. G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, *op. cit.*, p. 211; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, *op. cit.*, p. 165 e ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *op. cit.*, p. 189 e ss. e 277 e ss.

⁵¹⁰ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, *op. cit.*, p. 112: «[...] l’obbligo di garanzia ha come destinatari particolari categorie di soggetti, muniti degli idonei poteri impeditivi, mentre, accogliendo il principio dell’ingerenza, chiunque, per il solo fatto di agire e a prescindere da un preesistente rapporto di tutela con il bene protetto dalla norma incrementatrice, diverrebbe automaticamente garante di tutti gli altrui beni, occasionalmente esposti al pericolo eventualmente derivante dalle proprie azioni».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Inoltre, non pare possa considerarsi obbligatorio l'attivarsi in funzione impeditiva dell'evento derivante dalla propria condotta: l'art. 56, comma 4 c.p. – come rilevato recentemente in dottrina – lo qualifica non come obbligo ma, al più come semplice onere per ottenere l'applicazione di un'attenuazione di pena: «*Se volontariamente impedisce l'evento, soggiace alla pena stabilita per il delitto tentato, diminuita da un terzo alla metà*».

Infine, altro argomento che decisamente depone per l'impossibilità di accogliere nel nostro ordinamento la teoria della precedente azione pericolosa come fonte dell'obbligo di garanzia è quello per cui si confonderebbe irrimediabilmente la causalità attiva con quella omissiva, ravvisando quest'ultima laddove il soggetto abbia introdotto un fattore di rischio prima inesistente anziché limitarsi a non affrontare un rischio derivante *aliunde*, come di regola accade in contesti omissivi⁵¹¹. In altre parole, solo nel caso in cui l'evento sia causato da forze naturali o dalla condotta di terzi può porsi un problema di omissione impropria, nel caso in cui il garante non abbia adempiuto al proprio dovere impeditivo. Nel caso di chi realizzi precedentemente una condotta pericolosa, invece, deve convenirsi che sia più corretto imputargli di aver cagionato l'evento, piuttosto che di non averlo impedito.

Nonostante le riserve che è possibile muoverle, la teoria dell'ingerenza sembra informare di sé anche la giurisprudenza più recente in tema di successione nella posizione di garanzia. Col seguente risultato: la posizione di garanzia di chi ha posto in essere una precedente attività pericolosa risulta virtualmente illimitata nel tempo ed il garante rimarrebbe legato al bene giuridico tutelato a tempo indefinito. In altre parole, chi ha creato fattori di rischio per il bene giuridico affidatogli può cedere la propria posizione di garanzia ma non può mai spogliarsi completamente dell'obbligo di agire per impedire l'evento. È evidente il rischio che, dietro questa ricostruzione, si celi una incostituzionale ipotesi di responsabilità oggettiva, fondata sul fatto di aver ricoperto in passato una posizione di garanzia e di aver dato luogo ad un fattore di rischio rimasto latente durante la propria personale gestione.

⁵¹¹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, op. cit., p. 112; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, op. cit., p. 166; recentemente, L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, op. cit., pp. 566 e ss.

III. 3. [La non invocabilità del principio di affidamento da parte di chi versi in colpa] Inoltre, l'aver compiuto una azione pericolosa, secondo la prospettiva della S.C., impedisce di invocare il principio di affidamento sulla corretta attività del garante subentrante. Ricordiamo che il principio di affidamento assolve alla sua funzione di limitare, in contesti plurisoggettivi, il carico cautelare gravante su ciascuno solo nel caso in cui sia possibile ritenere ragionevolmente, sulla base delle circostanze del caso concreto, che coloro con cui ci si trova ad interagire rispetteranno gli standard cautelari loro imposti con riferimento alla specifica attività che si trovano a compiere. In altre parole, solo questa situazione di “equilibrio” nella quale ciascuno mostra di operare *secundum leges artis* permette l'applicazione del principio di affidamento in funzione delimitativa dei doveri cautelari gravanti su ciascuno: di norma, questi non comprendono i c.d. obblighi cautelari relazionali, cioè quelli volti al controllo e all'eventuale correzione della condotta altrui non conforme a diligenza.

Ma questo “equilibrio” viene meno nel caso in cui taluno mostri di non ottemperare al proprio standard di riferimento. Abbiamo già osservato tale situazione nel caso in cui una pluralità di garanti agisca contestualmente sullo stesso bene giuridico: è il caso della cooperazione medica multidisciplinare sincronica, in cui ciascun medico, salvo il caso in cui sia percepibile l'altrui negligenza evidente e non settoriale, può legittimamente conformare il proprio comportamento sull'aspettativa dell'altrui agire diligente, non dovendo “azionare” obblighi relazionali di coordinamento prudente della propria condotta con quella altrui.

Ora analizziamo la stessa situazione con riferimento alla successione nella posizione di garanzia. In base all'orientamento giurisprudenziale in analisi, chi abbia tenuto una condotta inosservante, recidendo quella situazione di sostanziale equilibrio fra i garanti che permette l'operatività del principio di affidamento, non potrà confidare sul fatto che altri pongano rimedio alla propria colpa⁵¹². Ciò,

⁵¹² Giurisprudenza costante. Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 6 dicembre 1990, Bonetti e altri; Cass. Pen., Sez. IV., 7 aprile 2004, Ardovino e altri; Cass. Pen., Sez. IV, 1 ottobre 1998, Bagnoli; Cass. Pen., Sez. IV, 26 maggio 1999, Cattaneo; Cass. Pen., Sez. IV, 11 agosto 2004, Spapperi; Cass. Pen., Sez. IV, 6 aprile 2005, Malinconico e altri; Cass. Pen., Sez. IV, 4 marzo 2004, Guida; Cass. Pen., Sez. IV, 26 maggio 2004, Montemagno e altri; Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2005, Cavuoto e altro; Cass. Pen., Sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 9739, Dilonardo; Cass. Pen., Sez. IV, 26 gennaio 2005, n. 18568, Cloro; Cass. Pen., Sez. IV, 30 marzo 2005, n.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

nonostante, come abbiamo appena avuto modo di evidenziare, i coobbligati che abbiano percepito il pericolo siano, in effetti, obbligati a impedire che sfoci in un evento lesivo. In definitiva, chi inneschi un pericolo eziologicamente rilevante non ha diritto a che altri lo pongano nel nulla; chi abbia percepito l'altrui errore è comunque obbligato a esercitare al massimo livello la propria competenza professionale: è bene precisare che questi dovrà attivarsi in tal senso solo per salvaguardare il bene affidatogli e conformarsi così al modello di agente di riferimento, non certo per “sollevare” da responsabilità penale il proprio collega negligente. Il principio di affidamento, infatti, come ritenuto costantemente in giurisprudenza, ha la funzione di evitare che nelle attività plurisoggettive ciascuno debba, di regola, conformare il proprio comportamento sulla base di astrattamente possibili negligenze altrui. Ma non ha mai la funzione di giustificare un'attività colposa già posta in essere: l'aspettativa che l'altrui diligenza, espansa fino a contemplare l'obbligo relazionale di percepire ed emendare la propria colpa, possa cancellare il fattore di rischio innescato non è giuridicamente tutelata.

III. 4. [La sovrapposizione fra obbligo di garanzia e obbligo di diligenza] La teoria propugnata dalla giurisprudenza sopra richiamata relativa alla c.d. *continuità della posizione di garanzia* del garante cedente nel caso di successione “patologica” nella posizione di garanzia non appare condivisibile anche per un altro motivo. L'affermata impossibilità per il garante cedente di invocare il principio di affidamento con riferimento alla diligente condotta del successore comporta il perdurare della propria responsabilità colposa. La dottrina non ha mancato di evidenziare che, in questo senso, postulare il mancato venir meno della colpa originaria affermando il perdurare della posizione di garanzia del garante cedente, ancora vincolato all'obbligo di impedire l'evento lesivo derivante dalla propria

27376, Sergi; Cass. Pen., Sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39600, Cottone; Cass. Pen., Sez. IV, 6 febbraio 2008, n. 19506, Malagnino; Cass. Pen., Sez. IV, 3 dicembre 2008, n. 1796, Maragoni; Cass. Pen., Sez. IV, 15 aprile 2009, n. 19759, Ferrara; Cass. Pen., Sez. IV, 20 novembre 2009, n. 1489, Brenna; Cass. Pen., Sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 20584, Tamborrino e altri; Cass. Pen., Sez., IV, 23 settembre 2010, n. 38592, De Filippi; Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 2010, n. 40489, Occhipinti e altri; Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 2010, n. 40493, Lucardi e altro. Sentenze consultabili in F. GIUNTA-G. LUBINU-D. MICHELETTI-P. PICCIALLI-P. PIRAS-C. SALE (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, op. cit., pp. 55 e ss.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

inosservanza cautelare nonostante la avvenuta successione nella posizione di garanzia, significa confondere i piani dell'obbligo di garanzia e quello dell'obbligo di diligenza. Focalizzare il problema sulla colpa, insomma, rischia di avere come ulteriore conseguenza di carattere dogmatico quella di avallare operazioni interpretative volte alla trasformazione di condotte commissive in omissive⁵¹³.

Indubbiamente colpa e omissione presentano punti di contatto non trascurabili⁵¹⁴, avendo una comune natura normativa ed in entrambi i casi dovendo essere accertato che la loro violazione presenti un nesso teleologico con l'evento che ne è derivato. La loro sovrapposizione concettuale probabilmente deve farsi discendere dalla presenza, nella colpa, di un momento omissivo, consistente nell'omessa adozione della misura cautelare prescritta⁵¹⁵.

Tuttavia non pare possano accogliersi le tesi per cui l'inosservanza di regole cautelari sarebbe assorbita dalla violazione dell'obbligo di garanzia, il quale delimiterebbe l'obbligo di diligenza⁵¹⁶; né quella per cui obbligo di garanzia e obbligo di diligenza siano nient'altro che due aspetti della stessa realtà, dovendo il contenuto dei singoli obblighi di garanzia essere dedotto dall'art. 43 c.p., con una completa identificazione tra le due categorie di obblighi⁵¹⁷.

⁵¹³ In dottrina, cfr. C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, p. 1241 e ss.; ID., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, p. 828; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, pp. 90 e ss.; F. ANGIONI, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, *op. cit.*, p. 1281.

⁵¹⁴ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, pp. 90 e ss.

⁵¹⁵ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, *op. cit.*, p. 92; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale, i delitti colposi*, *op. cit.*, p. 14 e p. 246; M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, *op. cit.*, pp. 138 e ss.; M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio»*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pp. 32 e ss.: «da tendenza a considerare omissive le condotte stesse – quasi che il soggetto contra venisse a un precetto penale di intervenire, e quindi a un comando, mentre in realtà sta solo male adempiendo i suoi doveri – non è tuttavia stravagante. Essa dipende qui dal fatto che il sanitario [...] compie comportamenti per loro natura “impedivi” rispetto ad eventi dannosi. Chi sbaglia cure è “in colpa” e sul piano causale pone condizioni positive dell'evento lesivo (che altrimenti non si sarebbe mai verificato, oppure è stato determinato nell'*hic et nunc* in tempi e modi peggiorativi rispetto quanto era possibile e doveroso), e a un tempo non attiva condizioni negative dell'evento, cioè condizioni la cui assenza (dovuta alla presenza di condizioni impeditive inutili: le terapie errate) è “concausa”, in senso giuridico, dell'evento. La sua “azione”, quindi, è condizione dell'evento non solo perché lo condiziona storicamente quantomeno accelerando i tempi dell'eccesso, ma anche perché non attiva condizioni negative (impeditive) dello stesso [...]».

⁵¹⁶ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, *op. cit.*, pp. 101 e ss.

⁵¹⁷ F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omissivo impedimento dell'evento*, *op. cit.*, p. 118 e ss. Concezione criticata da G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, *op. cit.*, pp. 104 e ss., il quale precisa che se in concreto i due concetti finiscono per intersecarsi e coincidere, in astratto devono essere distinti; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, *op. cit.*, p. 435, per cui le regole di diligenza chiariscono quale debba essere il comportamento dovuto dal garante, svolgendo una «funzione tipicizzante».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Facendo leva sulla loro comune natura normativa si finisce, come evidenziato in dottrina, per sovrapporre due momenti che sono «distinti logicamente e funzionalmente»⁵¹⁸. Le due categorie presentano significative differenze.

L'obbligo di garanzia ha essenzialmente una funzione repressiva perché la sua violazione equivale all'integrazione del divieto di cagionare la lesione di un bene giuridico altrui; si rivolge a destinatari determinati, i c.d. garanti, previamente investiti del predetto obbligo impeditivo e dei correlativi poteri giuridici per potervi assolvere; ha per contenuto un obbligo di agire per impedire il verificarsi di un evento dovuto ad un decorso eziologico preesistente, dovuto all'azione illecita altrui o a forze naturali; assume attuale rilevanza nel momento in cui il bene giuridico oggetto di tutela rafforzata si trova esposto a pericolo e la sua violazione consiste nel mancato compimento della condotta che avrebbe arrestato il decorso eziologico che ha condotto all'evento lesivo⁵¹⁹.

Invece l'obbligo di diligenza ha una funzione preventiva, dato che le regole cautelari hanno essenzialmente la funzione di permettere di ricondurre il comportamento di chi compia un'attività rischiosa entro il perimetro del rischio consentito: la sua violazione determina l'insorgere di un pericolo, di un rischio non più consentito, un aumento del rischio vietato dall'ordinamento; l'obbligo di diligenza non ha necessariamente destinatari predeterminati per legge, potendo rivolgersi a chiunque compia una determinata attività rischiosa così come a soggetti predeterminati per legge come, appunto, i garanti; l'obbligo di diligenza non impone di agire, ma impone, qualora si scelga di agire, di farlo in un certo modo, stabilito dalle regole cautelari; dunque il suo contenuto è la misura di diligenza richiesta nello svolgimento di una determinata attività; avendo finalità preventiva, assume rilevanza – a differenza dell'obbligo di garanzia – prima del sorgere del pericolo, permettendo anzi di riconoscerlo ed evitarlo⁵²⁰.

In definitiva, «la posizione di garanzia indica il dovere di agire e il bene nei cui confronti l'azione deve svolgere la propria funzione di tutela; il dovere di

⁵¹⁸ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., p. 96.

⁵¹⁹ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, op. cit., p. 120.

⁵²⁰ I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, op. cit., p. 121.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

diligenza (come specificato dalla regola prudenziale che lo completa) indica le modalità del comportamento imposto dalla posizione di garanzia»⁵²¹. Sul piano logico l'obbligo di garanzia nasce in un momento anteriore; dunque sul piano omissivo può porsi un problema di violazione del dovere di diligenza solo una volta accertata l'esistenza a monte di una posizione di garanzia.

III. 5. [Critica all'orientamento giurisprudenziale] Queste considerazioni, calate nella prospettiva della successione “patologica” nella posizione di garanzia, svelano l'equivoco alla base dell'orientamento giurisprudenziale che fa perno sulla c.d. continuità delle posizioni di garanzia: il fatto che si avverta la necessità di precisare che chi versa in colpa non può invocare il principio di affidamento sulla diligente condotta del successore allo scopo di elidere la rilevanza della propria colpa originaria, lascia comprendere come questa proiezione verso il futuro della colpa valga a celare la mancanza di un'effettiva posizione di garanzia in capo al garante predecessore, il quale se n'è ormai spogliato irrimediabilmente con la vicenda successoria.

Dopo la cessione della posizione di garanzia, il predecessore non ha più alcun obbligo di intervento per il fatto di non avere alcun potere in tal senso. Avendo ceduto la posizione di garanzia sul bene giuridico, il soggetto ha ceduto anche lo speciale vincolo di tutela che lega il garante al bene. Di conseguenza egli si trova in una posizione «non essenziale sul piano della tutela del bene giuridico; non essenzialità che si apprezza in termini di genericità della posizione soggettiva rispetto all'obbligo di impedimento dell'evento»⁵²². La tendenza della colpa a proiettarsi nel tempo, rimanendo legata al suo autore è paralizzata dal fatto che il suo presupposto logico, nell'ambito dei reati omissivi impropri, ovvero l'obbligo di garanzia, si è estinto definitivamente tramite cessione al garante successore. Ne consegue che il cedente non potrà essere chiamato a rispondere dell'evento lesivo verificatosi successivamente a titolo omissivo improprio. Quindi, ritenere che egli versi, tuttavia, in colpa omissiva impropria nella veste di garante *ultra posse* del bene giuridico

⁵²¹ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, op. cit., p. 96.

⁵²² A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, op. cit., p. 640.

significa riconoscere nella fattispecie una ipotesi di responsabilità oggettiva per posizione.

III. 6. [L'obbligo di informazione al momento del passaggio delle consegne] A questo punto, una parte della dottrina⁵²³ ha proposto di ritenere che, nel caso di successione "patologica" nella posizione di garanzia, all'estinzione in capo al cedente dell'originario obbligo di agire in funzione impeditiva corrisponda la nascita di un nuovo obbligo di agire a contenuto modificato, volto non ad evitare l'evento lesivo in sé ma alla neutralizzazione dei fattori di rischio da lui stesso colposamente innestati.

Questa ricostruzione parte dal presupposto per cui, in assenza di successione nella posizione di garanzia, il garante inosservante risponderebbe commissivamente dell'evento verificatosi, per il fatto di aver colposamente dato luogo ad un fattore di rischio eziologicamente rilevante. Il verificarsi della successione, come abbiamo già visto, priva il garante in colpa dell'obbligo di impedire l'evento, non avendo più la disponibilità di poteri giuridici tali da raggiungere questo scopo. Residuerrebbe tuttavia in capo allo stesso un obbligo giuridico di diverso contenuto, relativo alla rimozione dei fattori di rischio causati durante la propria "gestione" del bene giuridico⁵²⁴. Tale tesi non introdurrebbe surrettiziamente il principio per cui la precedente azione pericolosa fungerebbe da fonte della posizione di garanzia, dato che ora il garante cedente, come detto, non ha la funzione di evitare l'evento lesivo ma solo di eliminare i rischi da lui creati.

Tale dottrina precisa che nella situazione in analisi, il fattore di rischio, al momento della successione nella posizione di garanzia, non si è ancora concretizzato nell'evento lesivo. Il fattore di rischio colposo, rimane, quindi, latente, come una minaccia incombente sulla posizione di garanzia oggetto di successione. Mentre la successione elimina l'obbligo di agire in funzione impeditiva dell'evento in capo al garante predecessore, la precedente violazione delle regole cautelari di

⁵²³ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 643.

⁵²⁴ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 644, il quale precisa che tale tesi non introdurrebbe surrettiziamente il principio per cui la precedente azione pericolosa fungerebbe da fonte della posizione di garanzia: «qui il precedente fare pericoloso non fonda l'obbligo di impedire *tout court* il risultato, ma solo, per così dire, di rimediare alle deficienze della propria gestione».

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

quest'ultimo fa sorgere nei suoi confronti il dovere di rimuoverne gli effetti: l'adempimento di tale dovere è «la condizione posta dall'ordinamento per non incorrere nella responsabilità commissiva, per non rispondere come autore attivo dell'evento. Se non si conforma alla “nuova” posizione di garanzia (obbligo di rimuovere il rischio), il cedente diviene, infatti, autore, ossia responsabile della produzione del risultato in forma commissiva»⁵²⁵.

Rimane da stabilire cosa possa e debba fare chi abbia innescato dei potenziali fattori di rischio per rimuoverli, non avendo i poteri giuridici impeditivi che caratterizzavano la precedente posizione di garanzia. Dato che l'effettivo obbligo di evitare l'evento grava ormai integralmente sull'attuale garante, subentrato al precedente a seguito della vicenda successoria, sul garante cedente e inosservante permane un obbligo di impedimento dell'evento solo “mediato”, attuabile tramite l'adempimento di un obbligo di informazione, al momento del passaggio delle consegne, esteso alle «caratteristiche – non palesi e facilmente riconoscibili – della fonte di pericolo e delle esigenze di controllo da attuare, ovvero nella rivelazione degli eventuali vizi occulti e delle peculiarità della propria gestione»⁵²⁶.

L'importanza dell'adempimento di tale obbligo di informazione è particolarmente evidente nel settore della responsabilità medica, dato il rango dei beni giuridici in gioco e l'irreversibilità delle conseguenze derivanti dalla concretizzazione di un fattore di rischio latente.

In base a tale ricostruzione, ceduta la posizione di garanzia, chi versi in colpa può liberarsi dalla propria responsabilità, potendo nuovamente invocare il principio di affidamento⁵²⁷ sull'eliminazione dei fattori di rischio da parte del successore, rappresentando a quest'ultimo i fattori di pericolo in atto. Con l'adempimento di tale residuale obbligo di informazione, il garante cedente si libera da ogni obbligo e si concretizza una piena e completa successione del nuovo garante, estesa ai fattori di rischio non apparenti attivati dal predecessore. La responsabilità colposa del garante cedente sarà invece configurabile quando l'obbligo di rimozione dei fattori di rischio, attraverso l'avvicendamento

⁵²⁵ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 645.

⁵²⁶ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 645.

⁵²⁷ A. GARGANI, *Ubi culpa, ibi omissio*, *op. cit.*, p. 648.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

“informato” nella posizione di garanzia, rimanga inadempito. Il garante successore, in caso in cui l’evento lesivo si verifichi, ne risponderà monosoggettivamente a titolo omissivo improprio, non avendo contenuto il rischio incombente sull’attività ceduta, pur debitamente rappresentato in sede di passaggio delle consegne⁵²⁸.

IV. [Recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di cooperazione multidisciplinare diacronica] Recentemente il tema della cooperazione medica diacronica ha subito una evoluzione giurisprudenziale. Il fenomeno della cooperazione medica multidisciplinare è stato preso in considerazione in modo unitario dalla giurisprudenza, la quale ha elaborato un unico criterio di distribuzione della responsabilità penale fra i vari operatori, sia con riferimento ai casi di cooperazione sincronica – di cui ci siamo già occupati – sia con riferimento ai casi di cooperazione diacronica, in cui gli apporti professionali, come abbiamo avuto modo di constatare, non vengono realizzati contestualmente.

Ricorre, per l’appunto, la massima giurisprudenziale analizzata precedentemente con riferimento alla cooperazione sincronica: «[...] *come accade per le équipes chirurgiche, anche nel caso in cui ci si trovi di fronte ad ipotesi di cooperazione multidisciplinare nell’attività medico-chirurgica, sia pure svolta non contestualmente [...], ogni sanitario, oltre che il rispetto dei canoni di diligenza e prudenza connessi alle specifiche mansioni svolte, sarà anche astretto dagli obblighi ad ognuno derivanti dalla convergenza di tutte le attività verso il fine comune unico. In virtù di tali obblighi, ogni sanitario non potrà 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 ponendo, se del caso rimedio – o facendo in modo che si*

⁵²⁸ La dottrina maggioritaria sembra accogliere tale orientamento. Cfr. A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d’équipe*, *op. cit.*, p. 261; F. GIUNTA, *voce Medico (Responsabilità penale del)*, *op. cit.*, p. 541: «[...] il dovere di informazione che grava sul medico uscente comprende anche le eventuali omissioni terapeutiche e le negligenze in genere verificatesi durante la sua posizione d’obbligo. Stante l’importanza dei beni giuridici, non è seriamente pensabile che il medico possa sperare di liberarsi legittimamente della posizione d’obbligo tacendo i fattori di rischio connessi alla sua condotta negligente». Il problema è, allora, quello di verificare se, una volta adempiuto l’obbligo di informazione completa e veritiera, il garante originario possa ritenersi al sicuro dal rischio di responsabilità penali, ove dovesse verificarsi un evento pregiudizievole per la salute del paziente, connesso alla sua pregressa condotta colposa. Secondo l’Autore, poiché nei reati colposi causalmente orientati la condotta tipica va identificata nella negligenza che abbia aumentato apprezzabilmente il rischio di verificazione dell’evento che rientra nel suo spettro preventivo, bisognerà di volta in volta apprezzare l’incremento di rischio connesso alla negligenza del primo garante, con riferimento al trattamento medico svolto, sulla base di una corretta informazione di congedo, dal professionista che subentra nella posizione d’obbligo.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

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 medico»⁵²⁹.

Senza voler ripercorrere argomentazioni già analizzate con riferimento alla cooperazione multidisciplinare sincronica – alle quali si fa integralmente rinvio – in questa sede giova evidenziare come, secondo l’orientamento giurisprudenziale riportato, ogni sanitario che si trovi ad interagire con altri sanitari in un contesto plurisoggettivo abbia un “carico” di doveri cautelari esteso, oltre alle *leges artis* che disciplinano la specifica mansione di cui egli si deve occupare nella sequenza terapeutica complessiva, anche al contributo professionale, precedente e contestuale, altrui.

È sotto questo profilo che deve essere valutato quell’obbligo di passaggio di consegne informato di cui abbiamo in precedenza parlato. L’orientamento giurisprudenziale sembra conforme a quanto affermato in precedenza, nel senso che l’obbligo informativo che si attualizza nel momento dell’avvicendamento dei garanti nella posizione di garanzia rispetto al paziente fa parte, in via primaria, dei doveri gravanti sia sul garante cedente – obbligato a trasferire la stessa posizione di garanzia di cui era titolare, comprensiva degli stessi poteri giuridici impeditivi: tale sovrapposizione si può avere solo se il garante successivo sia reso edotto dei rischi gravanti sulla situazione giuridica trasferita, compresi quelli derivanti da una propria precedente attività pericolosa, sia essa commissiva o omissiva – sia sul garante subentrante, il quale, nell’ereditare una posizione di garanzia di protezione nei confronti del paziente, deve attivarsi in prima persona per ottenere tutte le informazioni che possano essergli utili per subentrare efficacemente e con pieno controllo nella ruolo che gli viene trasferito.

L’orientamento della S.C., come in precedenza rilevato, sembra dunque imporre già in via primaria – e non in via secondaria al venir meno dell’applicabilità del principio di affidamento sulla correttezza della condotta altrui –, anche con

⁵²⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 1 ottobre 1999, Altieri ed altri, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, con nota di A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento “diacronicamente plurisoggettivo”*, pp. 469 e ss.; principio ormai costante: cfr., Cass. Pen., Sez. IV, 2 marzo 2004, n. 24036, Sarteanesi, in *Giust. Pen.*, 2005, p. 567; Cass. Pen., Sez. IV, 24 gennaio 2005, n. 18548, Miranda ed altri, in *Ragiusan*, 2006, p. 423; *ex plurimis*, da ultimo, Cass. Pen., Sez. IV, 26 novembre 2011, n. 46824, Castellano e altro, in C.E.D. Cass., n. 252140.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L’attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

riferimento ai casi di cooperazione multidisciplinare diacronica, degli obblighi cautelari relazionali volti alla verifica e al controllo – e dunque al reciproco prudente coordinamento – dell’operato del garante anteriore, anche nel caso in cui verta su un ambito di diversa specializzazione. Ancora una volta si pone, dunque, il problema dei margini di applicabilità del principio di affidamento in contesti in cui la giurisprudenza sembra proporre – al contrario – un obbligo di controllo reciproco fra i vari operatori.

Riteniamo che sia opportuno, per limare le asperità rigoristiche dell’orientamento giurisprudenziale in commento, postulare anche nel caso delle attività mediche multidisciplinari diacroniche il regolare operare del principio di affidamento sulla correttezza dell’operato altrui. Al momento del passaggio delle consegne, il garante cedente deve informare con completezza il garante subentrante in modo da permettergli di affrontare i rischi incombenti sul paziente con piena consapevolezza ed efficienza. A questo punto, configurare uno speculare obbligo di controllo del garante subentrante relativo alla correttezza delle informazioni ricevute in assenza di vincoli gerarchici fra i due sanitari ed in mancanza di indizi e circostanze concrete che siano tali da lasciar dubitare sulla correttezza dell’operato altrui, pare disfunzionale alle stesse esigenze di tutela del paziente, sicuramente meglio garantite permettendo che ciascun operatore possa concentrarsi sui propri specifici compiti senza essere gravato dall’ulteriore obbligo di verifica ed eventuale correzione dell’apporto altrui. In altre parole, nel caso in cui sussista una cooperazione medica multidisciplinare diacronica deve essere ribadito il doveroso operare del principio di affidamento, in una duplice prospettiva assiologica: a) sia per limitare i doveri cautelari gravanti su ciascun medico, non comprendendo essi di regola e salvo inapplicabilità in concreto del principio di affidamento, quegli obblighi relazionali di verifica e coordinamento fra contributi; b) sia per una migliore tutela della salute del paziente, maggiormente garantita dal controllo di ciascuno sulla bontà del proprio operato piuttosto che da un controllo reciproco,

logicamente inconcepibile nei casi di cooperazione multidisciplinare, se non nei casi in cui l'errore altrui presenti i caratteri dell'evidenza e della non settorialità⁵³⁰.

⁵³⁰ L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, *op. cit.*, pp. 531 e ss., secondo cui, con riferimento all'orientamento giurisprudenziale in analisi, «la soluzione adottata dalla Suprema Corte sembra obliterare che, quando più attività multidisciplinari diversificate sul piano professionale sono orientate, come nel settore medico, a garantire la protezione e il miglioramento delle condizioni di salute del paziente, proprio la reciproca delimitazione normativa delle sfere di competenza cui le medesime fanno capo assurge a meccanismo di ripartizione funzionale al più efficace espletamento delle funzioni, che costituisce primario vantaggio per il paziente. [...] Il che comporta che deve ritenersi vigente un vero e proprio obbligo giuridico di affidarsi, laddove l'affidamento medesimo sia necessario a ottimizzare i risultati delle prestazioni professionali dei diversi specialisti che intervengono nella procedura». In questo senso, A. VALLINI, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, *op. cit.*, p. 480; ID., *Gerarchia in ambito ospedaliero e omissione colposa di trattamento terapeutico*, *op. cit.*, p. 1634.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

Bibliografia

AA.VV., *Evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione, Raccolta di studi*, 1984.

ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, pp. 147 e ss.

ALBEGGIANI F., *La cooperazione colposa*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 515 e ss.

ALDROVANDI P., *Art. 113*, in PADOVANI T. (a cura di) *Codice penale*, Milano, 2000, pp. 582 e ss.

ALDROVANDI P., *Concorso nel reato colposo e diritto penale dell'impresa*, Milano, 1999.

ALDROVANDI P., *Orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di delega di compiti penalmente rilevanti*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1995, pp. 699 e ss.;

ALEO S.-LANZA E.-CENTONZE A. (a cura di), *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007.

ALESIANI L., *Art. 113*, in MARINI G.-LA MONICA M.-MAZZA L. (diretto da), *Commentario al codice penale*, I, Torino, 2002, p. 815.

ALESSANDRI A., voce *Impresa (Responsabilità penale)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 198.

ALICE G., *Il concorso colposo in fatti contravvenzionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, p. 1027.

ALIMENA B., *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, 1947.

GIOVANNI PIETRO LUBINU

L'attività medica plurisoggettiva tra affidamento e controllo reciproco

Tesi di dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi – XXV Ciclo

Università degli Studi di Sassari

AMBROSETTI F.-PICCINELLI M.-PICCINELLI R., *La responsabilità nel lavoro medico d'équipe*, Torino, 2003.

ANGIONI F., *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Arch. pen.*, 1983, p. 67.

ANGIONI F., *Il concorso colposo e la riforma del diritto penale*, in *Studi Delitala*, I, 1984, p. 74.

ANGIONI F., *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, pp. 1279 e ss.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003.

ATTILI V., *L'agente-modello "nell'era della complessità": tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, pp. 1240 e ss.

AVECONE P., *La responsabilità penale del medico*, Milano, 1981, p. 154.

AZZALI G., *L'eccesso colposo*, Milano, 1965.

BARNI M.-SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995.

BARNI M., *La colpa medica nell'attuale realtà sanitaria*, in DELL'OSSO G. (a cura di), *Responsabilità e progresso medico*, Milano, 1984, p. 9.

BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010.

BATTAGLINI E., *In tema di concorso di più persone in un reato colposo*, in *Giust. Pen.*, 1931, p. 319.

BELFIORE E., *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. Pen.*, 1986, pp. 265 e ss.

BELFIORE E., *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico-chirurgica in «équipe»*, in *Foro it.*, 1983, II, c. 167 e ss.

BELTRANI S.-CARCANO D., *Art. 40 c.p.*, in LATTANZI G.-LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2010, pp. 20 e ss.

BERSANI G., *Appunti sulla funzione della cooperazione colposa nella sistematica del codice penale*, in *Riv. Pen.*, 1995, p. 999.

BERTOCCHI A.-ATTINÀ C., *La responsabilità della (e nella) équipe medica*, in RUFFOLO U. (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 2004, pp. 185 e ss.

BETTIOL G.-PETTOELLO MANTOVANI L., *Diritto penale*, Padova, 1986.

BETTIOL G., *L'ordine dell'autorità nel diritto penale*, Milano, 1934.

BETTIOL G., *Sul concorso di più persone in delitto colposo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1930, p. 672.

BILANCETTI M.-BILANCETTI F., *La responsabilità penale e civile del medico*, Padova, 2013.

BINDING K., *Die Normen und ihre Übertretung*, voll. I-IV, Hamburg, 1965.

BISACCI M. C., *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Ind. Pen.*, 2009, pp. 195 e ss.

BLAIOTTA R., *Art. 43 c.p.*, in LATTANZI G.-LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2010, pp. 301 e ss.

BOSCARELLI M., *Contributo alla teoria del «concorso di persone nel reato»*, Padova, 1958.

BRICOLA F., *Aspetti problematici del cosiddetto rischio consentito*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Pavia, 1960-61, p. 89.

BRICOLA F., *I problemi giuridici relativi alla sperimentazione dei farmaci*, in ID., *Scritti di diritto penale*, I, a cura di CANESTRARI S.- MELCHIONDA A., Milano, 1997, p. 76.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, p. 51.

BRUSCO C., *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. «flessibilizzazione delle categorie del reato»*, in *Criminalia*, 2012, pp. 383 e ss.

BUSNELLI F. D. (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 1982.

CAFAGGI F., *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996.

CAMAIONI S., *Trasferimento e successione di posizioni di garanzia fra riserva di legge e autonomia privata*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, pp. 1628 e ss.

CAMBIERI A., *Organizzazione e funzionamento degli ospedali*, in GIUSTI G. (diretto da), *Trattato di Medicina Legale e di scienze affini*, I, Padova, 1998, p. 373.

CANEPA A., *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, Torino, 2011.

CANESTRARI S.-CORNACCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale*, Bologna, 2007.

CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009.

CANESTRARI S.-MELCHIONDA A. (a cura di), BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997.

CANTAGALLI C., *Brevi cenni sul dovere secondario di controllo e sul rilievo dello scioglimento anticipato dell'équipe in tema di responsabilità medica*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2838.

CARACCIOLI I., *Il tentativo nei delitti omissivi*, Milano, 1976.

CARRARA F., *Grado nella forza fisica del delitto. Opuscoli di diritto criminale*, I, Lucca, 1870.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto penale. Parte generale*, I, Lucca, 1871.

CASTALDO A., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.

CASTALDO A., *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, p. 1096.

CASTRONUOVO D.-RAMPONI L., *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in RODOTÀ S.-ZATTI P. (diretto da), *Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina*, Milano, 2011, pp. 933 e ss.

CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Milano, 2009.

CATTANEO G., *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958.

CATTANEO G., *La responsabilità medica nel diritto italiano*, in BUSNELLI F. D. (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 1982, p. 72.

CENTONZE A., *L'accertamento della responsabilità penale nella professione medico-chirurgica*, in ALEO S.-LANZA E.-CENTONZE A. (a cura di), *La responsabilità penale del medico*, Milano, 2007, p. 278.

CERASE M., *Art. 51 c.p.*, in LATTANZI G.-LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina, Vol. II, Artt. 39-58 bis*, Milano, 2010, pp. 871 e ss.

CERTO C., *Sulla consapevolezza del concorso nella partecipazione colposa*, Messina, 1963.

CIAURI A., *In tema di responsabilità professionale del medico specializzando che operi sotto le direttive del docente*, in *Nuovo diritto*, 2000, pp. 273 e ss.

CIAURI A., *La responsabilità professionale del medico in posizione apicale*, in *Nuovo diritto*, 1993, p. 655.

CIAURI A., *Sulla responsabilità dell'assistente ospedaliero per gli errori commessi dal primario*, in *Nuovo diritto*, 2000, p. 165.

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

CORBETTA S., *Art. 113 c.p.*, in MARINUCCI G.-DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2006, p. 1166.

CORNACCHIA L., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004.

CORNACCHIA L., *Il concorso di cause colpose indipendenti*, I e II, in *Ind. Pen.*, 2001, pp. 645 e ss., e 1063 e ss.

CORNACCHIA L., *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, pp. 821 e ss.

CRESPI A., *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955.

DASSANO F., *Colpa specifica ex art. 586 c.p. e funzione incriminatrice dell'art. 113; una erronea applicazione in un'ipotesi di responsabilità oggettiva*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1977, p. 397.

DE FERRARI F., *Nuovi paradigmi per la responsabilità professionale degli operatori ospedalieri*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1995, p. 1120.

DE FRANCESCO G. A., *La colpa nel codice Zanardelli in rapporto alla successiva evoluzione dommatica*, in VINCIGUERRA S. (a cura di), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993, pp. 409 e ss.

DE FRANCESCO G. A., *Il principio di personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione. Suggestioni teleologiche ed esigenze politico-criminali nella ricostruzione dei presupposti costituzionali di riconoscibilità dell'illecito penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, p. 21;

DE FRANCESCO G. V., *La misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, p. 273 e ss.

DELITALA G., voce *Adempimento di un dovere*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, pp. 567 e ss.

DELL'OSSO G. (a cura di), *Responsabilità e progresso medico*, Milano, 1984.

DELLA SALA P., *La responsabilità professionale*, in BARNI M.-SANTOSUOSSO A. (a cura di), *Medicina e diritto. Prospettive e responsabilità della professione medica oggi*, Milano, 1995, p. 372.

DI GIOVINE O., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003.

DI LANDRO A. R., *Profili penalistici nei trapianti d'organo. esemplificazione casistica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2008, pp. 783 e ss..

DI LANDRO A. R., *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico d'équipe*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2005, p. 225.

DI SALVO E., *Esposizione a sostanze nocive, leggi scientifiche e rapporto causale nella pronuncia della Cassazione sul caso "Porto Marghera"*, in *Cass. Pen.*, 2009, pp. 2837 e ss.

DODERO C., *Colpa e cooperazione colposa nell'esercizio della professione sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, p. 1174.

DOLCINI E.-PALIERO C. E. (a cura di) *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.

DONINI M., *La causalità omissiva e l'imputazione «per aumento del rischio»*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pp. 32 e ss.

FERRANTE M. L., *Gli obblighi di impedire l'evento nelle strutture sanitarie complesse*, Napoli, 2005.

FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2006.

FIANDACA G., *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1975, p. 1602.

FIANDACA G., *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FINESCHI V. (a cura di), *La responsabilità medica in ambito civile. Attualità e prospettive*, Milano, 1989.

FINESCHI V.-FRATI P.-POMARA C., *I principi dell'autonomia vincolata, dell'autonomia limitata e dell'affidamento nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, pp. 261 e ss.

FINESCHI V., *Res ipsa loquitur: un principio in divenire nella definizione della responsabilità medica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1989, p. 419 e ss.

FIORAVANTI L., *Delega di funzioni, doveri di vigilanza e responsabilità penale*, in *Giur. it.*, 1993, II, pp. 769 e ss.

FIGLIO C.-FIGLIO S., *Diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008.

FIGLIO A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985.

FIGLIO A., *Medicina legale e della responsabilità medica*, Milano, 1999.

FIGLIO L., *La posizione di garanzia del medico*, in RODOTÀ S.-ZATTI P.(diretto da), *Trattato di biodiritto, Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011, pp. 833 e ss.

FIGLIO G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990.

FIGLIO G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 250 e ss.

FRANK R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Recht*, Tübingen, 1911.

FRESA R., *La colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008.

FROSALI R. A., *Sistema penale italiano, vol. 1*, Città di Castello, 1938.

GALIANI T., *Aspetti problematici del concorso di persone nel reato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in AA.VV., *Evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione, Raccolta di studi*, 1984, p. 277.

GALLO M., *Appunti di diritto penale*, Torino, 1973.

GALLO M., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1958.

GALLO M., *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.

GALLO M., voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 639.

GARGANI A., *Sulla successione nella posizione giuridica di garanzia*, in *Studium iuris*, 2004, p. 909 e ss.

GARGANI A., *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, pp. 581 e ss.

GIUNTA F.-LUBINU G.-MICHELETTI D.-PICCIALI P.-PIRAS P.-SALE C. (a cura di), *Il diritto penale della medicina nella giurisprudenza di legittimità (2004-2010)*, Napoli, 2011.

GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa, I, La fattispecie*, Padova, 1993.

GIUNTA F., *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1999, pp. 106 e ss.

GIUNTA F., *La nuova disciplina dei trapianti d'organo: profili generali e profili penali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2001, pp. 67 e ss.

GIUNTA F., *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, pp. 620 e ss.

GIUNTA F., *La responsabilità per omissione nel progetto preliminare di riforma del codice penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, pp. 401 e ss.

GIUNTA F., voce *Medico (responsabilità penale del)*, in PATTI S. (diretta da), *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, IX, Milano, 2007, pp. 538 e ss.

GIUSTI G. (diretto da), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova, 2009.

GIZZI L., *Équipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011.

GIZZI L., *La responsabilità medica in équipe*, in BARTOLI R. (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, pp. 31 e ss.

GIZZI L., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, p. 753.

GRASSO G., *Art. 113 c.p.*, in ROMANO M.-GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, II, p. 180.

GRASSO G., *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983.

GROTTO M., *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino, 2012.

GUARINIELLO R., *Tumori professionali a Porto Marghera*, in *Foro it.*, 2007, II, c. 563 e ss.

GUIDI D., *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T. (a cura di) *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, pp. 213 e ss.

IADECOLA G., *I criteri della colpa nell'attività medica in équipe*, in *Giur. merito*, 1997, p. 226.

IADECOLA G., *Il medico e la legge penale*, Padova, 1993.

IADECOLA G., *La responsabilità medica nell'attività in équipe alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. Pen.*, 2007, pp. 151 e ss.

IADECOLA G., *Responsabilità del direttore di una casa di cura per il suicidio di una paziente affetta da sindrome depressiva*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2004, p. 1143.

LATAGLIATA A. R., voce *Cooperazione nel delitto colposo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 609;

LATTANZI G.-LUPO E., *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano, 2010.

LEONCINI I., *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

MACCHIARELLI L.-FEOLA T., *Medicina legale*, Torino, 1995.

MALANINNO S.-NERI G., *Legislazione sanitaria e obblighi legali del medico*, in GIUSTI G. (diretto da), *Trattato di medicina legale e scienze affini*, I, Padova, 2009, pp. 1 e ss.

MANNA A., *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984.

MANNA A., voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 128.

MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2004, pp. 984 e ss.

MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2011.

MANTOVANI F., *Dolo e colpa comune e dolo e colpa speciale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, pp. 1045 e ss.

MANTOVANI F., *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, pp. 539 e ss.

MANTOVANI F., *L'equiparazione del non impedire al cagionare*, in *Arch. Pen.*, 1987, pp. 45 e ss..

MANTOVANI F., *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2001, pp. 337 e ss.

MANTOVANI F., *La responsabilità del medico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1980., pp. 16 e ss.

MANTOVANI F., voce *Colpa*, in *Digesto pen.*, II, Torino, 1988, p. 310.

MANTOVANI M., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1997, pp. 1051 e ss.

MANTOVANI M., *Il caso Senna fra contestazione della colpa e principio di affidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1999, pp. 153 e ss.

- MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.
- MANTOVANI M., *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. Pen.*, 1999, pp. 1195 e ss.
- MARINI G.-LA MONICA M.-MAZZA L. (diretto da), *Commentario al codice penale*, I, Torino, 2002.
- MARINI G., “Rischio consentito” e tipicità della condotta. Riflessioni, in *Scritti in memoria di Renato Dell’Andro*, Bari, 1994, II, pp. 539 e ss.
- MARINI G., voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, 1988.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2006.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Vol. III, Tomo II, Padova, 2009.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.
- MARINUCCI G.-MARRUBINI G., *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, p. 217.
- MARINUCCI G., *Il reato come “azione”. Critica di un dogma*, Milano, 1971.
- MARINUCCI G., *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.
- MARINUCCI G., *Non c’è dolo senza colpa. Morte dell’imputazione oggettiva dell’evento e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, pp. 17 e ss.
- MASSARO A., *Principio di affidamento e “obbligo di vigilanza” sull’operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in équipe*, in *Cass. Pen.*, 2011, pp. 3857 e ss.

MATTHEUDAKIS M. L., *Successione di garanti e principio di affidamento nella responsabilità medica*, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 1478 e ss.

MAZZACUVA N., *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1984, pp. 398 e ss.

MEZGER E., *Diritto penale*, Padova, 1935.

MEZZETTI E., *Colpa per assunzione*, in VINCIGUERRA S.-DASSANO F. (a cura di), *Studi in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, pp. 513 e ss.

MICHELETTI D., *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T. (a cura di) *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, pp. 247 e ss.

MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988.

NORELLI A., *Sul divenire della responsabilità in ambito sanitario, note medico legali*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1985, p. 782.

NUVOLONE P., *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.

PADOVANI T. (a cura di) *Codice penale*, Milano, 2000.

PADOVANI T., *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1983.

PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2008.

PADOVANI T., *Il grado della colpa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1969, p. 864 e ss.

PADOVANI T., *Osservazioni sulla rilevanza penale dell'ordine "privato"*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1977, p. 464.

PAGLIARO A., *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, pp. 781 e ss.

PAGLIARO A., *Principi di diritto penale*, Milano, 1992.

PAGLIARO A., *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen.*, 1985, pp. 21 e ss.

PALAZZO F. C., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008.

PALAZZO F. C., *Il fatto di reato*, Torino, 2004.

PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1994, p. 1241 e ss.

PALIERO C. E., *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 1992, pp. 828 e ss.

PALMA A., *La divisione del lavoro in ambito sanitario tra principio di affidamento e dovere di controllo*, in *Criminalia*, 2009, pp. 591 e ss.

PAONESSA C., *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Criminalia 2012*, Pisa, 2013, pp. 641 e ss.

PARODI C.-NIZZA V., *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, Torino, 1996.

PATTI S. (diretta da), *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, IX, Milano, 2007.

PAVESI F., *Sul principio di affidamento nel trattamento medico-chirurgico*, in *Giur. It.*, 2009, p. 948.

PECCENINI F. (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007.

PEDRAZZI C.-ALESSANDRI A.-FOFFANI L.-SEMINARA S.-SPAGNOLO G., *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2003.

PEDRAZZI C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952.

PEDRAZZI C., *Profili problematici del diritto penale d'impresa*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1988, pp. 134 e ss..

PELLEGRINO B., *Nuovi profili in tema di obbedienza gerarchica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1978, pp. 150 e ss.

PERIN A., *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, p. 105 e ss.

PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

PERINI C., *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*, in *Legisl. Pen.*, 2012, p. 117.

PETTOELLO MANTOVANI L., *Il concetto ontologico del reato. Struttura generale. La colpa*, Milano, 1954.

PIOLETTI U., *Contributo allo studio del delitto colposo*, Padova, 1990.

PIRAS P.-LUBINU G., *L'attività medica plurisoggettiva fra affidamento e controllo reciproco*, in CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T. (a cura di) *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p. 301.

PIRRONE V., *Responsabilità dell'équipe chirurgica*, in *Giur. merito*, 1990, pp. 1141 e ss.

PROSDOCIMI S., *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2009.

PULITANÒ D., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, 1990, pp. 320 e ss.

PULITANÒ D., *Posizioni di garanzia e criteri di imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Rass. Giur. lav.*, 1982, IV, pp. 181 e ss.

PULITANÒ D., voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, pp. 106 e ss.

QUARANTA A., *L'errore in corsia. La responsabilità del medico e della struttura*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1992, p. 537

RAMPONI L., *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 566 e ss.

REGINA A., voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989.

RIPONI M., *L'attività medica plurisoggettiva*, in PECCENINI F. (a cura di), *La responsabilità sanitaria*, Bologna, 2007, p. 160.

- RISICATO L., *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato*, Milano, 2001.
- RISICATO L., *Cooperazione in eccesso colposo: concorso «improprio» o compartecipazione in colpa «impropria»?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2009, pp. 579 e ss.
- RISICATO L., *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, pp. 132 e ss.
- RISICATO L., *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013.
- RISICATO L., *La partecipazione mediante omissione a reato commissivo. Genesi e soluzione di un equivoco*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1995, pp. 1275 e ss.
- RIVERDITI M., *Responsabilità dell'assistente medico per gli errori terapeutici del primario: la mancata manifestazione del dissenso dà (sempre) luogo ad un'ipotesi di responsabilità per "mancato impedimento dell'evento"?*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 157.
- RODOTÀ S.-ZATTI P. (diretto da), *Trattato di biodiritto. La responsabilità in medicina*, Milano, 2011.
- ROIATI A., *Il medico in posizione apicale tra culpa in vigilando e responsabilità di posizione*, in *Ind. Pen.*, 2007, pp. 727 e ss.
- ROIATI A., *L'accertamento del rapporto di causalità ed il ruolo della colpa come fatto nella responsabilità professionale medica*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 2154.
- ROIATI A., *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012.

ROMANO C.-ESPOSITO M., *Medicina d'équipe e responsabilità medica*, in FINESCHI V. (a cura di), *La responsabilità medica in ambito civile. Attualità e prospettive*, Milano, 1989, p. 80.

ROMANO M.-GRASSO G., *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 2012.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004.

RONCO M., *L'azione "personale". Contributo all'interpretazione dell'art. 27, primo comma, Cost.*, Torino, 1984.

RUFFOLO U. (a cura di), *La responsabilità medica*, Milano, 2004.

RUSSO R., *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari. Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, in *Cass. Pen.*, 2010, p. 3196.

SALE C., *La posizione di garanzia del medico tra fonti sostanziali e formali*, in <www.penalecontemporaneo.it>, 21 giugno 2013.

SANTORO A., *L'ordine del superiore nel diritto penale*, Torino, 1957.

SBORRA E., *La posizione di garanzia del medico*, in CANESTRARI S.-GIUNTA F.-GUERRINI R.-PADOVANI T. (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, pp. 115 e ss.

SCHUMANN H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986.

SEVERINO DI BENEDETTO P., *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano, 1988.

SGUBBI F., *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

- SIMBARI A., *Responsabilità professionale medica*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, pp. 526 e ss.
- SPASARI M., *Esegesi e dommatica della colpa*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, p. 1475.
- SPASARI M., *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Milano, 1956.
- SPASARI M., voce *Agevolazione colposa*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 897.
- STOPPATO A., *L'evento punibile. Contributo allo studio dei delitti colposi*, Verona, 1898.
- STRATENWERTH G., *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, in *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, 1961.
- VALLINI A., *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario "diacronicamente plurisoggettivo"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, p. 477.
- VALLINI A., *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, pp. 1634 e ss.
- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in MARINUCCI G.-DOLCINI E. (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Vol. III, Tomo, II, Padova, 2009.
- VENEZIANI P., *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003.
- VERGINE L.-BUZZI F., *A proposito di una singolare ipotesi di colpa professionale*, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1543.

VIGANÒ F., *Art. 51 c.p.*, in DOLCINI E.-MARINUCCI G. (a cura di), *Codice penale commentato*, I, Milano, 2006, pp. 557 e ss.

VINCIGUERRA S-DASSANO F. (a cura di), *Studi in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010.

VINCIGUERRA S. (a cura di), *Diritto penale dell'Ottocento. I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1993.

VINCIGUERRA S., *Profili sistematici dell'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica*, Milano, 1971.

VITALE G., *Responsabilità e rischi professionali del chirurgo*, in *Cass. Pen.*, 2000, pp. 1051 e ss.

VITARELLI T., *Delega di funzioni e responsabilità penale*, Milano, 2006.

VITARELLI T., *Profili penali della delega di funzioni*, Milano, 2008.

ZANGANI P., *Sul rapporto di subordinazione tra primario e assistente ospedalieri: concorso nella responsabilità professionale*, in *Giust. pen.*, 1962, pp. 476 ss.