

## BREVI RIFLESSIONI SULLE POSIZIONI DI GARANZIA E SULLA COOPERAZIONE COLPOSA NEL CONTESTO DELLE ORGANIZZAZIONI COMPLESSE\*

di Giovannangelo De Francesco

(Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Pisa)

SOMMARIO: 1. Concorso di persone e 'titoli di responsabilità' nel quadro dell'art.110 Cp - 2. La cooperazione colposa e lo specifico atteggiarsi dei reati d'evento alla luce dell'art.113 Cp - 3. I limiti del criterio causale rispetto alle condotte 'atipiche' di concorso. Le posizioni di garanzia e il binomio problematico azione-omissione. - 4. Il nesso teleologico tra le posizioni di garanzia e tra l'inottemperanza alle medesime da parte dei rispettivi garanti. - 5. Significato della 'causazione' dell'evento quale risultato della 'cooperazione'. - 6. Competenza e concretizzazione del rischio: un profilo da rimeditare. - 7. Posizioni di garanzia e imputazione colposa; un confronto da valorizzare, in luogo della c.d. doppia misura della colpa. - 8. Posizioni di garanzia e dinamiche di realizzazione dell'evento. - 9. Idoneità tipizzatrice delle posizioni di garanzia e c.d. 'poteri impeditivi' in capo al garante: alcuni equivoci da dissipare. - 10. Conoscenza effettiva di situazioni rischiose e poteri-doveri d'intervento. - 11. La definizione delle posizioni di garanzia: un *work in progress* da coltivare con realismo. Note conclusive su posizioni di garanzia, colpa e concorso colposo.

1. - La presente indagine si propone di offrire un breve quadro di sintesi circa i rapporti tra il fenomeno della cooperazione colposa e la dimensione assunta dalle c.d. posizioni di garanzia all'interno delle organizzazioni complesse, con prevalente riguardo al verificarsi di offese alla vita o all'incolumità di lavoratori (od anche di terzi, pur se in correlazione con la disciplina della sicurezza sul lavoro) o di soggetti destinatari di un'attività medico-chirurgica. Nell'affrontare un simile compito, e lasciando da parte le questioni di dettaglio e le sottigliezze sul piano logico-concettuale, si cercherà, piuttosto, di privilegiare, nel merito e nel metodo, la ricerca di una più sicura definizione delle categorie ora menzionate, in modo tale da armonizzarle con le caratteristiche generali degli istituti in cui s'innesta la funzione che a loro compete nella verifica dei presupposti della responsabilità.

Orbene, e malgrado l'esame delle posizioni di garanzia sembri dover precedere quello inerente al concorso colposo, le nostre riflessioni saranno anzitutto dedicate

---

\* Il presente articolo è destinato agli Scritti in onore di Antonio Fiorella.

proprio a quest'ultimo, dal momento ch'esso sembra fornire alcune indicazioni di particolare interesse ai fini di una corretta impostazione del problema contiguo.

Nell'intento di sfuggire alla ridda delle opinioni formulate al riguardo, a noi pare di dover seguire una soluzione più semplice e radicale, la quale muova dalla constatazione secondo la quale il profilo psicologico della condotta del concorrente in base a quanto già può desumersi dalla norma generale dell'art. 110 è in linea di principio suscettibile di assumere rilevanza, sia nella forma del dolo che in quello della colpa.

Vero è, com'è ben noto, che nella visione originaria del codice si tendeva a contrapporre il concorso doloso a quello colposo, come pure ad escludere che il fenomeno concorsuale potesse delinearci anche in presenza di diversi titoli di responsabilità; ma è ormai assodato che il rigore formale di tale soluzione finirebbe con tradursi in risultati applicativi del tutto incongrui, quale quello, ad es., di negare la configurabilità di un concorso doloso in fatto colposo, ammettendolo, viceversa, in relazione ad un fatto incolpevole; di modo che una simile 'pregiudiziale' sul piano storico-dogmatico – che ha esplicato la propria influenza anche sull'assetto delle disposizioni in funzione di 'disciplina' del concorso (le quali, peraltro, e malgrado le differenti opinioni, vengono da tempo sottoposte ad interpretazioni *lato sensu* 'adeguatrici') – viene ormai ritenuta inaccettabile. Ed allora, una volta ripudiato un simile anacronismo, non sembra infondato valorizzare la portata sul piano euristico della soluzione cui si accennava poco sopra: una soluzione che riceve, a ben guardare, la propria legittimazione dalla circostanza secondo la quale l'art. 42 Cp può ben essere concepito come canone normativo riferibile a tutte le fattispecie, monosoggettive e plurisoggettive, ragion per cui anche la figura concorsuale dovrebbe appunto sottostare al medesimo regime dei criteri d'imputazione che quella norma contempla. Ne deriva, di conseguenza, che, se sono corrette le premesse, il predetto art. 110 Cp dovrebbe dunque essere in grado di includere al proprio interno il concorso doloso in fatto doloso, il concorso colposo in fatto colposo, come pure, d'altronde, il concorso doloso in fatto colposo, nonché, per finire, quello colposo in fatto doloso.

2. - A questo punto, sorge tuttavia, ineludibile, la questione più impegnativa: quale funzione deve essere attribuita all'art. 113 Cp? Ebbene, l'interrogativo è delicato, ma resta aperta, nondimeno, ad uno sguardo più attento, la strada per una soluzione non priva di ragionevolezza. Invero, appare significativo il richiamo, operato dalla norma, alla circostanza che, in presenza di un "delitto colposo", il relativo "evento" debba presentarsi quale risultato lesivo "cagionato dalla cooperazione".

Si rifletta: qualora il fatto cui si riferisce la partecipazione sia commesso con dolo, la colpa del concorrente potrà sicuramente rilevare alla stregua dell'art. 110,

atteggiandosi nella forma della riconoscibilità-prevedibilità del fatto altrui (come nel noto esempio di colui che lasci incustodita l'arma di cui un terzo si è servito per uccidere, oppure in quello relativo alla messa a disposizione di un terzo di una sostanza in grado di adulterare cibi o bevande, che il soggetto cui è stata ceduta venga poi ad utilizzare consapevolmente nella preparazione di un alimento); ed una soluzione del tutto analoga dovrà ammettersi, d'altronde, *mutatis mutandis*, anche qualora la cooperazione si ricolleggi all'altrui fatto contravvenzionale realizzato con dolo.

Qualora si tratti, viceversa, di un fatto commesso con colpa, nessun problema si porrà in caso di contravvenzione colposa, o di un delitto colposo altrui di pura condotta. Giustamente osserva Paola Severino (sia pur prospettando soluzioni differenti da quelle qui sostenute) che la dimensione 'preventiva' del precetto rivolto al compartecipe denota in simili casi un "disvalore identico" a quello ravvisabile in capo all'autore del fatto. Particolarmente espressiva al riguardo la figura contravvenzionale. Si consideri la fattispecie dell'art. 674 Cp; se è vero che la colpa del contravventore si avrà in relazione alla constatata presenza e riconoscibilità del fatto che le "cose" gettate o versate potessero "offendere od imbrattare o molestare persone", non è men vero che il rimprovero a titolo di colpa del concorrente risulterà anch'esso qualificabile alla stregua del medesimo schema cautelare, venendo sostanzialmente a coincidere, nei relativi contenuti, con quella specifica potenzialità lesiva del versamento di dette sostanze cui la norma si riferisce: una condotta, insomma, bensì 'atipica', ma la cui colpa viene a riallacciarsi alla stessa dimensione preventiva che l'atteggiamento colposo dell'autore implica e sottende.

A conclusioni differenti conduce, viceversa, l'analisi del problema laddove si sia di fronte a delitti colposi d'evento. In questi l'"apertura" della fattispecie verso uno scenario causale per sua natura ricco di alternative potrà eventualmente condurre ad una diversa 'articolazione', per così dire, del giudizio inerente alla condotta dell'autore rispetto a quello riferibile al contributo del concorrente. Anzitutto, qualora l'autore del fatto non violi una regola cautelare o, pur violandola, la trasgressione compiuta non esprima il suo 'ruolo preventivo' rispetto all'evento – si pensi al caso del pedone improvvisamente gettatosi sotto le ruote di un'automobile allo scopo di suicidarsi – il fatto non potrà essere imputato per colpa, né all'investitore, né al cooperatore che pur avesse agito imprudentemente, esortando, ad es., ad aumentare l'andatura, o che avesse incautamente affidato il veicolo. Di più: qualora, ad es., l'autore dell'incidente lo abbia provocato deviando il percorso verso una strada a senso unico – mentre il cooperatore si era esclusivamente 'limitato' a 'mettere fretta' in una strada con diritto di precedenza – mentre il primo potrà considerarsi responsabile per colpa, quest'ultima, viceversa, non potrà essere addebitata al partecipe, non essendo il relativo atteggiamento imprudente 'concretizzatosi' nella violazione perpetrata dal

conducente il veicolo. Nel caso, poi, dell'affidamento incauto del veicolo – dove pure lo 'spettro' preventivo della regola violata dal concorrente si presta ad assumere una maggiore estensione – la colpa di quest'ultimo potrebbe, tuttavia, essere pur sempre esclusa, qualora, ad es., il conducente del mezzo se ne fosse servito per caricarvi una partita di droga ed, occasionalmente intercettato da una pattuglia della polizia, si fosse lanciato in una fuga all'impazzata destinata a provocare uno scontro mortale. Non pare, insomma, infondato ritenere che il richiamo ai delitti d' "evento", purché "colposi", assuma il ruolo di un'avvertenza fondamentale (anche) nella logica del fenomeno del concorso colposo: quell' 'evento' dovrà essere 'cagionato' dalla cooperazione, sotto forma di un addebito di 'causazione per colpa' in grado di attingere anche il cooperatore, evitando d'imputargli un risultato (che potrebbe rivelarsi) comunque estraneo alla finalità preventiva concretamente disattesa *alla luce del tipo di decorso causale* da cui è scaturita la lesione.

3. - Tutto ciò considerato, è opportuno adesso soffermarsi con maggiore attenzione su quanto si è accennato poc'anzi in merito alla dimensione assunta dalla condotta del concorrente. Invero, la definizione in termini di comportamento 'atipico' della condotta di concorso deve essere, più precisamente, concepita nell'ottica di un collegamento di tale condotta con quelle degli altri soggetti partecipanti al reato; alla condotta di concorso, in particolare, manca una dimensione di tipo 'causale' in senso stretto, per la ragione fondamentale che il tipo di relazione intersubiettiva che la qualifica si sostanzia, necessariamente, in un rapporto – non direttamente con l'evento, bensì - con altre condotte, tra cui anche quella di colui che abbia eventualmente cagionato il risultato lesivo.

Come abbiamo avuto modo di sottolineare in altre sedi, l'applicazione di un criterio causale al concorso di persone si scontra, in effetti, con l'insuperabile difficoltà di ipotizzare una 'spiegazione' in termini naturalistici di una successione *ex se* di sviluppi causali in direzione dell'evento. Ogni condotta è frutto di scelte, di iniziative 'liberamente' intraprese, che escludono, per definizione, quella 'ripetibilità' del processo eziologico secondo una legge scientifica in grado di esprimere, deterministicamente (in tutti i casi, o in chiave 'probabilistica', non interessa) un nesso di derivazione constatabile *in rerum natura*. Il problema, in questa prospettiva, è piuttosto quello di attuare una selezione delle caratteristiche proprie della condotta di concorso, e di definire quindi i termini in cui deve essere configurata (e si vedrà presto in quali termini) l'interrelazione' con gli altrui comportamenti gravitanti nell'orbita concorsuale.

Simili questioni consentono allora di guardare più da vicino il tema concernente l'individuazione dei 'ruoli' dei soggetti operanti all'interno di

organizzazioni complesse: ad es., come si era adombrato in apertura, quelli ravvisabili nell'ambito della sicurezza sul lavoro o dell'attività medico-chirurgica. A tale riguardo, s'impone una chiarificazione preliminare, che – almeno si spera – potrebbe forse contribuire a rendere meno ostica una problematica che da tempo affligge la nostra materia. La stessa Corte di cassazione ha, in tempi recenti, avuto modo di osservare che, nel valutare il ruolo del compartecipe, non risulta sempre facile tracciare un confine netto tra azione ed omissione. Tale spunto ermeneutico, invero non privo di plausibilità, abbisogna tuttavia di una delucidazione ulteriore.

A nostro avviso, la distinzione – a volerla preservare a tutti i costi – dovrebbe essere, semmai, predicata, non tanto sotto un profilo meramente naturalistico, quanto, più esattamente, in un'ottica funzionale e più decisamente teleologica. L'azione, potremmo dire, 'non ha niente dietro di sé': consiste in un comportamento che si apprezza come tale sin dall'origine, ossia in mancanza di una precedente 'qualificazione' oltre a quella del divieto di porlo in essere. Diversa è invece la situazione nel caso della preesistenza di un dovere, e, più propriamente, di una posizione di garanzia in capo al soggetto interessato; tale circostanza implica, in particolare, che il difettoso assolvimento dei compiti inerenti ad un siffatto ruolo di garanzia tende a partecipare di una logica analoga a quella omissiva, sia nel caso – come osserva Blaiotta – di una carenza di intervento *tout court*, sia in quello di un'attività difforme da quella riconducibile alle incombenze richieste.

Ma soprattutto: nello scenario delle posizioni di garanzia, il quale è tale da evocare, nell'attuale contesto dei fenomeni plurisoggettivi, un 'fascio' più ampio di alternative funzionali rispetto a quello proprio di un obbligo di agire maggiormente uniforme e 'standardizzato' (si pensi al caso del bagnino, rispetto al quale parlare di posizione di garanzia ovvero di obbligo giuridico *tout court* di attivarsi per impedire l'evento appare sostanzialmente equivalente), il soggetto che venga ad assumerle è da ritenersi onerato di attribuzioni che non si esauriscono nell'*an* del dovere di assolverle, ma si sostanziano, altresì, ed anzi in via preminente, nel *quomodo* e nelle forme dell'adempimento, e più ancora in quell'insieme di 'prestazioni' e tecniche d'intervento che costellano i variegati adempimenti che esse comportano; ne consegue, in buona sostanza, che le 'azioni' non in linea con quanto richiesto dalle 'qualifiche' funzionali in cui dette posizioni s'inscrivono finiscono anch'esse col denotare la mancata osservanza, per l'appunto, dei poteri-doveri inerenti al ruolo proprio del relativo 'garante', in un rapporto sistematicamente del tutto affine e complementare rispetto ai momenti 'omissivi' degli adempimenti richiesti.

Ragionando in quest'ottica, non è fuori luogo concludere, insomma, come l'idea di porre la questione se, in ipotesi, un mancato ricovero in ospedale o la mancata effettuazione di una diagnosi, oppure, all'inverso, un ricovero nella specie



sconsigliabile, o una diagnosi errata e che abbia impresso uno sviluppo alterato ad un intervento chirurgico costituiscano, rispettivamente, un' omissione ovvero una condotta attiva, non sembra cogliere la sostanza del problema: e nemmeno (cambiando materia) sembra coglierla – quell' alternativa - nei casi, ad es., in cui si abbia a che fare con la mancanza totale, oppure con l'irregolarità, e magari con il carattere fuorviante, della c.d. 'valutazione dei rischi' nel campo della sicurezza sui luoghi di lavoro.

4. - In realtà, l'insistenza sulla pretesa necessità di individuare i profili differenziali tra azione ed omissione sottende, ancora una volta, la pretesa di definire i caratteri del fenomeno alla stregua di un criterio di tipo causale, sul presupposto che quest'ultimo si configuri diversamente a seconda che si versi nell'uno o nell'altro ambito comportamentale. Sennonché, una volta liberatisi dalla preminenza dello schema causale, il discorso tende ad assumere un andamento differente e maggiormente consono ad un modello di carattere essenzialmente 'cooperativo'. Invero, giusta quanto andiamo da tempo sottolineando, il nesso che avvince le condotte di quanti partecipino all'attività si esprime, più esattamente, nel dover ciascuno di essi porre in condizione i terzi di espletare, a loro volta, correttamente il proprio ruolo, gettando, per così dire, le basi affinché le circostanze in cui gli altri soggetti sono tenuti ad operare non risultino distorte ed alterate da chi ricopra la posizione di garanzia che vi si riconnette funzionalmente: il medico diagnostico rispetto a colui che dovrà decidere, ad es., se consigliare un farmaco o un intervento operatorio, od ancora il chirurgo che dovrà organizzare il proprio operato in funzione del tipo di intervento da compiere, come pure – versandosi, questa volta, nel campo della sicurezza sul lavoro – il datore di lavoro nel momento di valutare i rischi e programmare le misure di prevenzione, il responsabile del servizio di protezione nell'individuare sul piano tecnico il livello e la tipologia di rischi di cui rendere edotto il datore di lavoro e gli stessi lavoratori, il dirigente nel compiere, entro la propria sfera di attribuzioni, ciò che gli compete in ordine alle misure da adottare, e le informative da trasmettere in linea con le direttive del datore di lavoro, il preposto nel vigilare sul rispetto da parte dei lavoratori delle disposizioni aziendali, garantendone *in loco* l'incolumità, e così via dicendo.

Ne deriva, allora, che, una volta preservato il rapporto tra l'ambito dei doveri propri del 'garante' ed il tipo di inadempienza a questo o quell'altro compito rientrante nella sua sfera di attribuzioni, sarà necessario riscontrare, ai fini di un'eventuale responsabilità penale, un rapporto di interconnessione teleologica tra la condotta inadempiente e le scelte compiute da altro soggetto a sua volta titolare di una posizione di garanzia. In questo scenario, possono sorgere, in effetti, interrogativi

delicati – sui quali, peraltro, dovremo tornare – connessi all'esigenza di evitare una 'sfasatura' tra le attribuzioni di volta in volta implicate nella violazione da cui è scaturita l'offesa. Ad es., il datore di lavoro che abbia erroneamente valutato il livello di alcuni rischi potrà essere chiamato a rispondere per l'infortunio occorso al lavoratore privo delle misure di protezione volte a fronteggiarli, ma non invece dell'operato del dirigente che, nell'ambito delle attribuzioni conferite, non abbia tenuto conto, pur in assenza, in concreto, di tali maggiori rischi, delle capacità e delle condizioni del lavoratore (cfr. art. 18, lett. c d.lgs. n. 81/2008) in vista del compito che doveva essergli affidato. E così pure, *mutatis mutandis*, una difettosa analisi clinica di una patologia di tipo tumorale (riguardante, ad es., la sua pericolosità ed estensione) non potrà rendere responsabile chi l'abbia effettuata per l'operato di chi avesse il compito di identificare la presenza di eventuali forme di allergia tali da imporre un diverso *modus procedendi* nel praticare le terapie richieste dalle condizioni del paziente.

Questa logica della 'divisione del lavoro' alla base dei fenomeni ora accennati non deve essere lasciata in ombra nel momento di individuare i tratti fondamentali di un'eventuale responsabilità in capo ai singoli 'garanti'. In effetti, prima ancora dell'esito 'finale' dell'intera vicenda, si delinea la necessità di valutare il tipo di relazione funzionale tra le attribuzioni conferite a ciascuno di essi, inquadrando il criterio dell' 'impedimento' dell'offesa in una necessaria 'seriazione' o catena teleologica atta a preservare il 'campo' delle competenze ravvisabili all'interno della struttura: e ciò, sia nell'ottica di escludere la responsabilità di chi non le abbia disattese, sia in quella – torniamo a ribadirlo – di negare un nesso d'imputazione con l'offesa, laddove la singola condotta inosservante non si sia 'comunicata' al tipo di violazione riferibile al perimetro della 'garanzia' affidata ad un altro membro dell'organizzazione. Sotto il primo profilo, sarebbe invero inaccettabile che il singolo garante debba essere onerato di un 'dovere di sequela' destinato ad estendersi al controllo (o addirittura ad un intervento 'sostitutivo') rispetto a tutti gli altri adempimenti nella specie riscontrabili: si pensi alla tipica dimensione 'diacronica', fonte sovente di autonome 'competenze', ravvisabile nell'attività medico-chirurgica, od anche alla posizione dei vertici di un'impresa, il cui dovere di 'buona organizzazione' ed anche il perdurante obbligo di sorveglianza sullo svolgimento dell'attività non potranno tuttavia implicare l'espletamento di una verifica 'a tutto campo' in ordine al *modus procedendi* dei soggetti 'subalterni'. Dal secondo punto di vista, anche ipotizzando l'esistenza di una condotta inosservante, la presenza stessa di altri 'garanti' non potrà non comportare la ricerca di un 'nesso' tra il dovere disatteso e quello, posto a carico di costoro, destinato ad atteggiarsi quale complemento o sviluppo delle funzioni attribuite al soggetto inadempiente.

5. - Se è pur vero, d'altronde, che la sostanza dei predetti rilievi non appare estranea, malgrado singole differenze d'impostazione, alle esigenze fatte proprie dalla migliore dottrina, mette conto rilevare, tuttavia, che non sempre ci si è mostrati propensi a farne discendere le conseguenze sistematiche che da essi derivano. In particolare, e tornando a confrontarsi col problema 'causale', è difficile negare che la definizione dei doveri di garanzia, allorquando – come di regola – non si tratti di una violazione del tutto 'autosufficiente' rispetto all'offesa, richieda la ricostruzione di una *dinamica concorsuale* spesse volte qualificabile proprio alla luce del fenomeno della cooperazione colposa. Ed è proprio a tale stregua, per vero, che acquista un significato attuale il richiamo all'evento quale esito "cagionato dalla cooperazione".

Al riguardo è stato recentemente osservato da Massimo Donini che tale formula rischierebbe di indurre in fraintendimenti, laddove venisse riferita all'idea di una "condotta collettiva" tale da rendere sfumata ed incerta la decifrazione della singole responsabilità. In realtà, già a suo tempo Lucia Vignale, e da ultimo David Brunelli, pur se in un'ottica differente, hanno osservato che in tema di concorso la causalità deve considerarsi collegata al fascio delle condotte concorsuali, "essendo a questo insieme" – nota giustamente Vignale – "che l'evento deve essere imputato". Quando, dunque, proprio con riguardo alle organizzazioni complesse, si sottolinea che queste darebbero luogo ad un profondo mutamento di paradigma - nel senso che la stessa dimensione causale diverrebbe precaria ed incerta, essendo difficile predicarla riguardo a condotte ormai destinate a 'decomporsi' nel coacervo inestricabile del fenomeno 'collettivo' - si rischia, forse, di dire, ad un tempo, troppo e troppo poco: troppo, laddove si paventi una rinuncia alla definizione (difficile, ma non impossibile) dei contributi dei singoli responsabili, ma, a ben guardare, anche troppo poco, perché, in realtà, sono le stesse caratteristiche del concorso - tanto più, come nota Blaiotta, se colposo, essendo questo una sorta di fenomeno 'necessariamente plurisoggettivo' nella logica della complessità della struttura - a rendere ragionevoli e del tutto pertinenti i rilievi di cui sopra. E' ben possibile, in effetti, che risulti difficile definire una specifica condotta materiale - attiva od omissiva - apprezzabile in termini totalmente coincidenti con quelli caratterizzanti il reato monosoggettivo: ma ciò è dovuto appunto alla circostanza che la trama dei contributi 'strumentali' (come li abbiamo più volte denominati, in alternativa alla dimensione causale) potrà vederli convergere in direzione dell'evento in forza degli stessi rapporti che tra essi intercedono, in modo tale da poter valutare il fatto commesso come accadimento venuto ad esistenza proprio in ragione del loro reciproco innestarsi nel 'mosaico partecipativo' cooperante all'offesa.



6. - Quanto osservato non significa, tuttavia – è venuto adesso il momento di sottolinearlo – che il profilo ‘causale’ rispetto all’evento sia destinato a rimanere estraneo al processo di attribuzione della responsabilità. Al proposito è opportuno, in effetti, tornare a considerare quanto abbiamo osservato con riguardo al tema generale della cooperazione colposa. In particolare, una volta accertato che il succedersi (in senso lato, ché nulla esclude una possibile interferenza ‘orizzontale’ degli inadempimenti ai doveri di garanzia) si è spinto fino alla fase finale del ‘contatto’ con l’interesse tutelato, ecco che dovrà ancora stabilirsi attraverso quale tipo di processo eziologico l’evento lesivo ha concretamente avuto luogo.

Affrontando il problema, una parte della dottrina ha inteso, per la verità, operare recentemente una distinzione tra la ‘sfera di competenza’ e le specifiche regole cautelari violate nell’ottica della c.d. ‘concretizzazione’ del rischio. Il primo criterio segnerebbe un campo ‘avulso’ da qualsiasi possibilità imputativa che non rientri in quella ‘competenza’, il secondo toccherebbe invece i rapporti tra il perimetro della cautela imposta e le modalità di produzione dell’evento (il tutto esemplificato, ad es, dal caso del proprietario che non abbia posto delle barriere intorno al pozzo di un suo terreno con segnale di divieto d’ingresso, in cui sia caduto un ragazzo avventuratosi in quel luogo aprendo il cancello di entrata del fondo medesimo: regola cautelare violata, rischio ‘concretizzatosi’ nella violazione, ma mancanza di una specifica ‘sfera di competenza’ in ordine al rischio).

Siffatta teorizzazione, formulata sulla scia della nota configurazione (ad opera delle Sezioni Unite nel caso *Thyssenkrupp*) del garante come ‘gestore’ di una determinata area di ‘rischio’ – come tale riservata appunto alla sua ‘competenza’ – presenta senza dubbio una sua intrinseca plausibilità. Nondimeno, a noi sembra che (proprio) nel quadro delle organizzazioni complesse le c.d. ‘posizioni di garanzia’ – in quanto destinate, prima di tutto, ad interferire reciprocamente tra loro – denotino un profilo essenzialmente omogeneo nell’ottica dei loro risvolti teleologici. Riprendendo un’importante elaborazione – quella di Filippo Sgubbi – sull’omesso impedimento dell’evento (un’elaborazione, vale la pena rammentarlo, suggerita all’Autore dallo stesso fenomeno delle organizzazioni complesse, e che è tale da imporre dei necessari ‘adattamenti’ rispetto alla visione originaria del codice), non pare incongruo ritenere, in effetti, che nella definizione della posizione di garanzia venga a stagliarsi un profilo teleologico già di per sé stesso ispirato ad una logica ‘selettiva’ del campo dei doveri destinati a giocare un ruolo ‘preventivo’: di modo che, rispetto ad essi – come pure riguardo al loro ‘concatenarsi’ nella vicenda lesiva – risulterà in linea di principio apprezzabile anche quel profilo che va sotto il nome di ‘concretizzazione’ del rischio.

7. - A tale proposito, si era già avvertito come non fosse nostra intenzione entrare nelle dispute teorico-scientifiche – per vero sterminate – che hanno interessato la materia. Tuttavia, e volendo di nuovo confrontarsi con l'opera di Sgubbi, a noi sembra che in essa si annidi un profilo fondamentale valorizzabile anche ai fini della nostra indagine.

Sgubbi scrive in un momento in cui, pur nel rispetto da parte della legge dell'indicazione delle figure dei garanti, il loro contenuto funzionale non risultava ancora, nelle varie fonti, adeguatamente descritto e definito. In termini *lato sensu* analoghi a quanto è accaduto riguardo ai delitti contro la pubblica amministrazione, nella materia della sicurezza sul lavoro (meno, nell'attività medica, dominata da regole non scritte, ma non senza alcune significative aperture), il recente Testo Unico del 2008 è venuto modellando le posizioni di garanzia attraverso l'indicazione dei compiti e delle funzioni spettanti ai soggetti che tali ruoli ricoprono.

Pare difficile negare, insomma, da tale punto di vista, che simili attribuzioni funzionali corrispondano, oramai, sul piano normativo, a degli schemi preventivi dotati di contenuti sufficientemente caratterizzanti. Certo: attorno ai mille adempimenti richiesti circola pur sempre il richiamo, nel segno dell'efficienza, al requisito dell' 'idoneità' degli interventi, del carattere 'soddisfacente' delle misure, dell' 'adeguatezza' degli strumenti di protezione e di contenimento dei rischi: dietro il quale, per vero, appare fondato scorgere un'allusione a 'quanto di meglio' si possa prevedere e predisporre - oltre che 'aggiornare' nel tempo - nella strutturazione e messa in opera dei meccanismi d'intervento (essendo questo, del resto, un profilo difficilmente separabile dall'idea stessa di una 'posizione di garanzia' funzionale agli scopi). Tuttavia, anche in ragione di tale circostanza, non pare incongruo ritenere che nel momento di fissare il 'perimetro' del ruolo di garanzia, il relativo 'contenuto' non possa non venire implementato proprio da un fascio di attribuzioni in funzione 'cautelare': sono queste, invero, come notava Sgubbi, ad esprimere il compito spettante al soggetto titolare della 'garanzia'.

Tale circostanza sembra in grado, d'altro canto, di rispondere meglio alle esigenze sottese al richiamo – non privo di ambiguità - alla c.d. 'doppia misura della colpa'. La misura 'oggettiva', in particolare, ci è sempre parsa una categoria 'a rischio' – e cioè, ora quello di essere destinata, al più presto, a cedere il passo all'analisi della colpa in quanto colpevolezza (specialmente ove non si arrivi ad esasperare il lato 'individualizzante' del relativo giudizio), ora quello, ben più grave e frequente (nel segno di un'indiscriminata 'prevedibilità') di venire invece sopravvalutata rendendo marginale il profilo personalistico dell'addebito colposo -. In realtà, è proprio nel contesto della necessaria definizione della 'posizione di garanzia' che si coglie invece il nucleo fondante del dato oggettivo delle 'prestazioni' cautelari richieste: e questa

volta, non più nell'ottica di una dimensione obiettiva con virtualità espansive illimitate, quanto invece proprio in quella (si perdoni il bisticcio verbale) di apprestare per il 'garante' la 'garanzia' di vedersi coinvolto entro i confini di una sfera di attribuzioni concepita alla stregua dei poteri-doveri che vengano ad essergli conferiti.

Sul punto dovremo tornare tra breve, non senza formulare, tuttavia, un'ultima avvertenza, anche questa da meditare ulteriormente. Il venir meno al dovere di garanzia non implica 'automaticamente' l'affermazione di una colpa. La valutazione inerente a quest'ultima – sulla cui importanza hanno continuato ad insistere studiosi del calibro di Padovani e Pulitanò – dovrà essere comunque salvaguardata, venendo essa a presentarsi quale correlato necessario del principio di 'affidamento', nel senso che non sarà consentito elevare un rimprovero a tale titolo laddove la difformità dal dovere di garanzia dipenda dall'essere stata la sua effettiva osservanza ostacolata e fuorviata dalle inadempienze proprie di altri soggetti di cui non era ragionevolmente ipotizzabile un comportamento scorretto ed 'irregolare'.

8. - Riprendendo adesso il filo della questione circa gli esiti 'finali' del processo imputativo, i rilievi svolti inducono a confermare come l'inottemperanza al ruolo 'di garanzia' (per solito, anche colposa, ma pur sempre soggetta al riscontro 'negativo' dell'eventuale mancanza di tale attributo) non possa non esigere una specifica corrispondenza nelle modalità del decorso causale che ha rappresentato lo sbocco 'conclusivo' della vicenda plurisoggettiva. Si torni anzitutto al campo dell'attività medico-chirurgica; supponendo una serie di inadempienze collegate ad una diagnosi difettosa - nella scelta del tipo di terapia, nei mancati controlli dopo la sua somministrazione, nell'effettuazione di un ricovero non necessario – qualora, durante il periodo di degenza, il soggetto trovi la morte per un'iniezione con siringa infetta e conseguente setticemia, le precedenti inadempienze non potranno considerarsi influenti sul tipo di violazione che ha segnato lo sviluppo causale verso l'evento.

*Mutatis mutandis*, prendendo spunto dalla vicenda penale concernente il disastro ferroviario di Viareggio, nel corso del relativo processo si è venuta a dibattere una questione non priva di interesse anche ai nostri fini: posto che il deragliamento del treno era derivato dalla rottura di un assile del carrello di un vagone-cisterna, poteva ritenersi responsabile l'imputato cui era stata addebitato il difetto di 'tracciabilità' dei materiali rotabili utilizzati (anche) per il vagone interessato? Ebbene – a voler limitare lo sguardo ad un simile profilo (e senza alcuna pretesa di assumere posizione circa gli esiti della complessa vicenda giudiziaria) - non pare fuori luogo ritenere che il tipo di inosservanza 'concretatasi' nell'evento non risulti coincidente con la specifica violazione contestata: invero, una volta ammesso che l'incidente fosse dipeso dalla rottura del predetto assile, e fosse dunque ricollegabile ad una

manutenzione inadeguata (ma 'esteriormente' non visibile), il difetto di tracciabilità del materiale rotabile (come tale estraneo a doveri di controllo sullo 'stato' effettivo del 'pezzo' incriminato), non appariva tale da denotare un 'nesso' rilevante tra il dovere violato e la dinamica causale all'origine dell'evento. E lo stesso dovrebbe affermarsi (altro aspetto controverso) in ordine alla velocità del treno, una volta premesso che al garante non fosse devoluto il compito (che pur fosse stato disatteso) di disporre circa i limiti di velocità, se non in presenza di particolari circostanze (cui erano totalmente estranee quelle in cui l'incidente si era verificato).

Infine, la questione in esame può interessare anche il comportamento 'autolesionista' dei lavoratori, laddove, come in alcuni casi giudiziari, la pur constatata inottemperanza al novero dei doveri di garanzia (ad es., il non aver disposto delle attività di manutenzione) non abbia trovato specifica espressione nelle sequenze dell'incidente: come nel caso di un dipendente specializzato ed espertissimo del ramo, che aveva tuttavia posto in essere una manovra del tutto sconsigliabile, e tale da far sorgere un rischio differente da quello iniziale, e 'concretizzatosi' (esso soltanto) nel modo di prodursi dell'evento.

9. - Giunti a questo punto, e sciogliendo una riserva poc'anzi formulata, non ci si può esimere da alcune riflessioni in merito ad alcuni interrogativi prospettabili in relazione all'effettiva capacità tipizzante delle posizioni di garanzia, ed al rapporto di queste con la tematica della colpa. E' stato di recente osservato (o, se si vuole, constatato) che la giurisprudenza tende ad assumere, nel campo della sicurezza sul lavoro, una posizione favorevole a richiedere un livello di impegno funzionale a tale obiettivo tale da collocarsi sul piano della c.d. 'migliore scienza ed esperienza'. La questione giunge altresì a rievocare l'annoso dibattito circa la rilevanza delle 'conoscenze superiori' in tema di colpa, nella perenne disputa relativa ai modelli di riferimento meritevoli di essere ricondotti in tale categoria.

Orbene, e senza nascondersi la difficoltà di pronunciarsi senza residue incertezze, due sono i rilievi prospettabili a tale riguardo. Anzitutto, come osservò a suo tempo Giorgio Marinucci, i problemi connessi a simili interrogativi non meritano di essere esasperati oltre misura. Le cognizioni in linea di principio assumibili come fonte di responsabilità dovrebbero essere invero, se non ancora ampiamente diffuse, quanto meno vicine ad affermarsi in qualità di *communis opinio* nel corrispondente campo di attività: nel senso, più precisamente, che sarebbe sufficiente richiedere ch'esse vengano a poggiare su dati tecnico-scientifici suscettibili di essere conosciuti e resi operanti dai soggetti coinvolti (ad es., i garanti della sicurezza sul lavoro) solo che questi – pur trattandosi di acquisizioni recenti – si fossero attivati per 'aggiornare' i

sistemi di prevenzione in sintonia con la tipologia di rischi oggetto di tali ormai attendibili rilevazioni.

In secondo luogo – e soprattutto – sembra pertinente il rilievo secondo il quale le maggiori difficoltà, piuttosto che sotto il profilo ‘nomologico’ (salvo a voler fondare l’addebito su conoscenze successive al tempo della condotta, ratificando implicitamente una logica meramente ‘precauzionale’ priva di basi empiriche esistenti *illo tempore*), paiono delinearci sul piano fattuale ed ‘ontologico’. S’innesta su questo terreno la disputa vivace in merito ai doveri di ‘informazione’, di ‘segnalazione’, di ‘allerta’ contro situazioni rischiose a carico di soggetti in varia guisa implicati nell’esercizio dell’attività. Un dibattito che è venuto, soprattutto, ad interessare il problema della responsabilità per l’evento di soggetti privi – come si usa dire - di poteri ‘decisionali’ e di gestione diretta del rischio.

Certo è che sul piano logico non sembrano esservi ostacoli ad una soluzione positiva: chi non deve decidere, ben potrebbe (e dovrebbe), tuttavia, provvedere ad ‘informare’ circa la presenza di situazioni critiche di volta in volta ravvisabili all’interno della ‘casa comune’ dell’ambiente di lavoro. E così hanno statuito anche le Sezioni Unite nel caso *Thyssen*, con riguardo al responsabile del servizio di prevenzione e protezione, sul presupposto che questi avrebbe ben potuto e dovuto segnalare ai vertici dell’impresa l’esistenza di rischi di cui tenere conto nelle scelte in materia di sicurezza. La soluzione, d’altronde, appare plausibile nell’ottica della stessa valutazione della responsabilità del garante ‘superiore’, ed in particolare dell’eventuale esclusione (eventuale, perché tale da non rendere sempre incolpevole la mancata effettuazione di ulteriori, possibili controlli ad opera del destinatario) di un addebito sul piano soggettivo, a titolo di colpa, nei confronti di tale soggetto, malgrado questi avesse obiettivamente disatteso, a causa dell’omessa informazione, l’osservanza dei propri doveri di sicurezza.

A ben guardare, i termini della questione non sono stati sempre, tuttavia, correttamente impostati. In effetti, ha contribuito a creare incertezza un insufficiente percezione del significato assunto dalla (troppo spesso abusata) categoria sistematica del c.d. ‘potere impeditivo’ rispetto al risultato. In realtà, la scelta di far perno sull’esistenza o meno di tale potere – come elemento fondante la sussistenza o meno di una posizione di garanzia – sembra trascurare la circostanza che quel che conta davvero sembra essere, piuttosto, la connessione del ruolo funzionale proprio del soggetto con il *tipo* e le *modalità strumentali* con cui il suddetto potere può (e deve) venire esercitato dal garante. Ad es., il responsabile della prevenzione – od anche il preposto – sono privi del potere di decidere ed attuare le pertinenti misure di tutela (salvo eventuali deleghe rispettose delle previsioni di legge), essendo questo un compito posto a carico del datore di lavoro e, per quanto gli compete, dei soggetti con



qualifica di dirigente. Ma ciò non significa, pur tuttavia, che costoro, in quanto investiti del dovere di segnalare le predette situazioni di rischio, non vengano pur sempre ad assumere il ruolo di ‘garanti’ in grado di influire, *sotto questo profilo*, sulle determinazioni dei soggetti titolari della funzione di attuare le predette misure di sicurezza: onde, laddove non abbiano provveduto in tal senso, non parrebbe ragionevole escludere una loro responsabilità per l’esito offensivo verificatosi. Per converso, i c.d. ‘poteri impeditivi’ esercitabili *in loco* da parte del preposto ben potrebbero essere tali da fondarne la responsabilità (cfr. art. 33 d.lgs. n. 81) per aver consentito, ad es., la ripresa dell’attività “in una situazione di lavoro in cui persista un pericolo grave ed immediato”; un potere-dovere impeditivo, per giunta, che difficilmente potrebbe essere, questa volta, predicato *in quanto tale* in capo al datore di lavoro, se non nell’ottica – francamente inaccettabile – di dover ‘seguire’ passo passo l’attività lavorativa, in contrasto con la stessa distribuzione di compiti caratterizzanti la relativa sfera di garanzia.

D’altro canto, in un caso del genere, parrebbe quanto meno artificioso affermare che il dovere di garanzia è stato violato, anche se ‘incolpevolmente’: se ciò fosse, per vero, dovrebbe ammettersi l’adozione di una scelta addirittura più rigorosa rispetto a quella riferibile al compito di ‘vigilanza’ attribuito al datore di lavoro in caso di delega di funzioni: dove, par certo che detto compito, rientrando pur sempre nell’ambito dei doveri di garanzia, è programmaticamente strutturato in funzione di una vigilanza che già Pedrazzi escludeva potesse tradursi in un “controllo diretto” sull’adempimento delle funzioni delegate. A maggior ragione, risulta congruo affermare, allora, che la configurazione di un ‘potere-dovere’ impeditivo difficilmente possa essere postulata in relazione a mansioni (come quelle ora ricordate) che vengano conferite già *ex lege* alla figura del preposto.

10. - Quanto detto non comporta, a ben vedere, che il datore di lavoro, magari venuto ‘occasionalmente’ a conoscenza del rischio che il preposto disattenda al proprio dovere, non possa intervenire per impedire che ciò accada. Un simile profilo, già segnalato a suo tempo da Padovani nel suo basilare e pionieristico studio sul diritto penale del lavoro, si ricollega invero alla circostanza che il soggetto in questione deve comunque attivarsi per garantire l’incolumità dei lavoratori. E tuttavia, è parimenti innegabile che anche il preposto, qualora il responsabile dell’impresa non abbia provveduto alla bisogna, dovrà – anche in disaccordo con quest’ultimo – attivarsi affinché, ad es., i lavoratori abbandonino il posto di lavoro nel caso di insorgenza di una situazione pericolosa. Pensare diversamente significherebbe ratificare la possibilità di inosservanze ai limiti del dolo; ma, soprattutto, finirebbe col trascurare il fatto che simili fenomeni trascendono la stessa logica di una ripartizione funzionale

di differenti posizioni di garanzia (così come, in buona sostanza, anche quella di un concorso colposo in senso stretto), che non può non essere concepita secondo una logica di tipo 'strutturale-organizzativo', allo scopo di preservare l'efficienza insita in un'accorta divisione del lavoro, e non già per 'deresponsabilizzare' chi si trovi nella possibilità di intervenire 'quando la casa brucia'.

Insomma: chi 'decide' le misure non è lo stesso soggetto che deve attenersi, e che potrà tutt'al più segnalare le deficienze del sistema di sicurezza: ma l'uno e l'altro non potranno mai ritenersi esonerati dal compito di attivarsi per impedire l'evento, in una logica imputativa fondata sull'*Appelfunktion* derivante da situazioni di fatto 'conosciute' e suscettibili di venire contrastate. E del resto, pur se in un ambito differente, lo stesso Padovani, nell'analizzare la figura del c.d. ordine insindacabile di cui all'art. 51, 4° comma Cp, sottolineava come, pur di fronte alla mancanza del potere giuridico di sindacare la legittimità dell'ordine ricevuto, l'inferiore non debba eseguirlo, quando, anche se in via del tutto occasionale, venga a conoscenza dello scopo criminoso perseguito dal superiore gerarchico. *Mutatis mutandis*, potrebbe dunque dirsi che le posizioni di garanzia – che sono appunto concepite a garanzia dell'efficacia ed al contempo dei limiti connessi ai singoli ruoli all'interno dell'organizzazione – dovranno, nei casi ora ricordati, cedere il passo ad un'ingerenza comunque consentita (ed anzi, doverosa) a garanzia dei beni tutelati mediante l'intervento maggiormente efficace ad impedirne l'offesa.

La sostanza di simili rilievi si apprezza, forse ancor di più, nel campo dell'attività sanitaria, dove la giurisprudenza si è premurata sovente di rimarcare, specialmente in presenza di un'attività chirurgica in *equipe* (non a caso caratterizzata da dinamiche operative più immediatamente 'a contatto' col bene da proteggere), la sussistenza di un dovere d'intervento a carico di qualsiasi membro del gruppo, anche se collocato in posizione subalterna, al fine di evitare i danni derivanti da uno scorretto svolgimento delle funzioni collegate all'operazione intrapresa.

11. - Rimane ferma, comunque, anche dopo tali chiarimenti, l'opportunità – da non pochi evidenziata – che le posizioni di garanzia debbano, non soltanto, vedere preservata la loro importanza nel definire gli ambiti delle funzioni riservate ai soggetti facenti parte della struttura (come pure, vale la pena ricordarlo, di soggetti c.d. esterni, quali, ad es., i fabbricanti, fornitori, installatori, *et similia*, in relazione alle attrezzature e ai dispositivi di protezione dell'incolumità sui luoghi di lavoro), ma anche, se possibile, venire più accuratamente definite e tipizzate, pur senza arrivare a postulare una sorta di potenziale 'taumaturgico' di tali tecniche d'intervento; come, per l'appunto, ancora una volta Padovani lascia intendere, nel momento in cui dubita, tra l'altro, circa l'avverarsi (auspicabile o meno che sia) di un 'tramonto' ed abbandono

definitivo del più flessibile istituto della delega di funzioni. Né può pensarsi che un' analoga 'prefissazione' di ruoli possa radicarsi come per incanto nella configurazione di una responsabilità 'traslata', per devoluzione del compito di autoorganizzazione, su enti collettivi, ché, semmai, come osserva Gargani, una soluzione del genere si presta addirittura a fomentare una moltiplicazione incontrollabile di ruoli di garanzia non sufficientemente delineati.

Piuttosto, è lecito concludere come, anche laddove sia possibile configurare in termini sufficientemente rigorosi i criteri imputativi applicabili ad una *societas*, appaia ragionevole puntare con fermezza sulla valorizzazione dei contenuti delle posizioni funzionali in capo ai membri coinvolti nell'organizzazione; senza dimenticare che, come è venuto emergendo dalle precedenti osservazioni, una migliore demarcazione di ruoli risulti maggiormente proficua (anche) allo scopo di consentire una corretta 'lettura' sul piano teleologico delle dinamiche imputative collegate ad eventuali inosservanze, sia nell'attuazione degli interventi, sia nelle 'informazioni' da comunicare ad altri soggetti (ivi compresi, secondo un *trend* giustamente valorizzato nelle normative più recenti, gli stessi soggetti 'a rischio', come, da un lato, i lavoratori, dall'altro, e sia pure in altra prospettiva, i destinatari di un'attività terapeutica).

Un'osservazione finale, a questo punto, su colpa e cooperazione colposa. Si è detto che tra posizione di garanzia e giudizio di colpa sussistono indubbie correlazioni; ma niente esclude pur sempre una loro separazione (anche) in concreto, potendo invero accadere che il venir meno al dovere di garanzia (e tanto più ciò potrà accadere nel settore sanitario, dove le 'prestazioni' conformi al dovere terapeutico scontano non di rado gravi margini d'incertezza, causa le molteplici opzioni 'alternative' nel momento di decidere quale percorso intraprendere) non possa essere sempre accompagnato da un atteggiamento colposo personalmente rimproverabile. Ciò non significa, tuttavia, che, dandosi una simile eventualità – ipotizzando, in particolare, che, nella sequela dei garanti, non tutti siano imputabili per colpa - l'inquadramento del fenomeno in una logica cooperativa debba considerarsi inappropriato; se è vero, com'è stato ben detto, che la cooperazione colposa non esclude che alcuni partecipi persino in dolo, non potrà allora negarsi (giusta le stesse caratteristiche generali del concorso, già rilevate in apertura) che tale cooperazione possa venire ad esistenza, anche qualora il singolo concorrente, che versi in colpa, venga ad influire sull'altrui violazione della posizione di garanzia, malgrado l'autore di tale violazione appaia meritevole, sotto il profilo soggettivo, di andare esente da un addebito di colpevolezza.

# ILP