

superamento dei limiti di rischio connaturati alla normale pratica sportiva (**Cass. IV**, n. 22037/15; in applicazione del principio, la S.C. ha annullato la sentenza di assoluzione del presidente di una squadra di calcio, il quale, nell'allestire il campo da gioco in cui si svolgevano le partite di detta squadra, non aveva rispettato la distanza tra la linea bianca delimitatoria del campo di calcio e la palificazione di recinzione, contro la quale, a seguito di un'azione di gioco, aveva urtato un calciatore, riportando lesioni gravi);

— quanto all'**art. 2052 c.c.** (in tema di **danni cagionati da animali**) la **giurisprudenza** ritiene, ad es., che il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo in cui lo ha in uso, è titolare di una posizione di garanzia, ai sensi dell'**art. 40**, comma 2, ed è tenuto, anche per il disposto di cui all'**art. 2052 c.c.**, ad evitare i danni che possono essere cagionati dall'animale, sia che fosse sotto la sua custodia, sia che fosse smarrito o fuggito, salvo che provi il caso fortuito (**Cass. IV**, n. 4502/16);

(E) dall'**art. 409 c. nav.** a carico del **comandante della nave**,

titolare di un'ampia posizione di garanzia, in base alla quale egli ha l'obbligo di sovrintendere a tutte le funzioni che attengono alla salvaguardia dell'incolumità collettiva delle persone imbarcate e della nave, anche in relazione alle operazioni di salvataggio dei passeggeri e di evacuazione (**Cass. IV**, n. 35585/17). L'**art. 303**, comma 2, cod. nav. prevede, inoltre, l'obbligo del comandante di abbandonare la nave per ultimo e di mantenere il comando nel pericolo: secondo la giurisprudenza, detto obbligo gli impone di restare a bordo dell'unità in pericolo per coordinare tutte le procedure finalizzate al salvataggio dei passeggeri e dell'equipaggio fino a quando l'esercizio del comando abbia una concreta utilità (**Cass. IV**, n. 35585/17: in applicazione del principio, è stata affermata la responsabilità del comandante della nave che si era allontanato dalla plancia dei comandi senza strumenti di comunicazione ed aveva abbandonato definitivamente l'unità navale, che stava progressivamente affondando, nonostante la segnalata presenza di passeggeri ancora a bordo)..

Anche gli obblighi di controllo possono nascere da **fonte contrattuale, o più in generale negoziale**:

ad es., la posizione di garanzia che assumono il **gestore** e il **responsabile della sicurezza di un impianto sciistico** origina dal contratto concluso con lo sciatore, che utilizza l'impianto e le piste dallo stesso servite, e non dalla presunta intrinseca pericolosità dell'attività svolta, atteso che pericolosa è in realtà la pratica sportiva dello sci (**Cass. IV**, n. 44796/15).

Essi possono, infine, essere **assunti spontaneamente**:

ad es., la **giurisprudenza** ha ritenuto che l'organizzatore di un *luna park* è titolare di una posizione di garanzia per i rischi che possono derivare dalla fruizione delle relative attrazioni, laddove **abbia assunto di fatto** la qualità di gestore dell'intera struttura, attraverso la presentazione della richiesta di licenza per conto di tutti i proprietari delle strutture installate nel parco e garantito, mediante relazione tecnica allegata alla domanda, la conformità di ciascuna di esse alle prescritte regole di sicurezza (**Cass. IV**, n. 7949/14).

■ **6. Segue. Applicazioni. A) Amministratori comunali.**

Particolarmente variegata è la casistica giurisprudenziale riferita al **Sindaco e ai dirigenti comunali**.

La **giurisprudenza** ha osservato che, « *in tema di enti locali territoriali, ed in particolare per quanto riguarda il Comune, le responsabilità penali connesse alla violazione delle norme che l'ente è tenuto ad osservare sono ripartite tra gli organi elettivi e quelli burocratici secondo le rispettive attribuzioni quali ricostruite nella*

disciplina di settore. A tal fine, l'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) distingue tra i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, demandati agli organi di governo degli enti locali, e compiti di gestione amministrativa, finanziaria e tecnica, attribuiti ai dirigenti, cui sono conferiti autonomi poteri di organizzazione delle risorse, strumentali e di controllo, compreso quello di adottare atti — non riservati espressamente dalla legge o dallo statuto agli organi di governo dell'ente — che impegnano l'amministrazione verso l'esterno »; da tale assetto normativo deriva che « le attività attribuite ai dirigenti amministrativi rientrano in una sfera di competenza primaria, diretta ed esclusiva, rispetto alle quali il Sindaco esercita soltanto un potere di sorveglianza e di controllo collegato ai compiti di programmazione, che gli appartengono quale capo dell'amministrazione comunale, ed alle funzioni di ufficiale di governo, legittimato all'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti » (Cass. IV, n. 22341/11: fattispecie in tema di infortunio sul lavoro dal quale era derivata la morte di un operaio, di cui un dirigente comunale è stato ritenuto responsabile, in quanto datore di lavoro del reparto cantonieri di un Comune, essendo stato designato quale responsabile del settore lavori pubblici da un decreto sindacale che non aveva contestato, e rispetto al quale non aveva mai opposto difficoltà o carenze di natura economico-finanziaria, la cui risoluzione sarebbe spettata agli organi politici).

La distinzione, operata dall'art. 107 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, fra i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, demandati agli organi di governo, ed i compiti di gestione attribuiti ai dirigenti, non esclude, in materia di **rifiuti**, che il sindaco abbia *ex lege* il dovere di attivarsi, allorché gli siano divenute note situazioni, non derivanti da contingenti ed occasionali emergenze tecnico-operative, che pongano in pericolo la salute delle persone o l'integrità dell'ambiente (Cass. III, n. 37544/13).

Nel sistema delineato dalla l. 24 febbraio 1992 n. 225 (istituzione del servizio nazionale della protezione civile) al **Sindaco**, quale autorità locale di protezione civile nell'ambito del territorio comunale, compete la **gestione dell'emergenza provocata da eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo, da calamità naturali o catastrofi**;

se questi eventi non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del Comune, questi è tenuto a chiedere l'intervento di altri mezzi e strutture al **Prefetto**, che adotta i provvedimenti di competenza coordinandoli con quelli del sindaco, le cui attribuzioni hanno natura concorrente (e non residuale) con quelle del prefetto, che ne ha la direzione. Ne consegue che, in tale ultima evenienza, fino a quando il prefetto non abbia concretamente e di fatto assunto la direzione dei servizi di emergenza, il sindaco mantiene integri i suoi poteri e gli obblighi di gestione dell'emergenza, ed in particolare quelli di allertamento ed evacuazione delle popolazioni che si trovino nelle zone a rischio, indipendentemente dall'esistenza di una situazione di urgenza (Cass. IV, n. 16761/10).

Il **Sindaco** ed il **responsabile dell'ufficio tecnico del comune** sono titolari, in virtù di una generale norma di diligenza (che impone agli organi — rappresentativi o tecnici — dell'amministrazione comunale di vigilare, nell'ambito delle rispettive competenze, sull'incolumità dei cittadini), della posizione di garanzia avente ad oggetto l'adeguata manutenzione ed il controllo dello stato delle **strade comunali** (Cass. IV, n. 13775/11).

È titolare di una posizione di garanzia in relazione alla **esecuzione di opere abusive nel territorio comunale il dirigente del settore urbanistica del Comune**, poiché « *in materia edilizia ... l'art. 27 d.P.R. n. 380 del 2001 pone a carico del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale un obbligo di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi, imponendogli di intervenire ogni qualvolta venga accertato l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo o in difformità della normativa urbanistica, attraverso la emanazione di provvedimenti interdittivi e cautelari. Egli è quindi certamente titolare di una posizione di garanzia, che gli impone di attivarsi per impedire l'evento dannoso* » (**Cass. III**, n. 9281/11); pertanto, non è configurabile a carico del **Sindaco** alcuna responsabilità penale per non aver impedito lo svolgimento di attività abusive incidenti sull'assetto urbanistico e paesaggistico del territorio comunale, non sussistendo in capo al medesimo un generale dovere di vigilanza sulle attività in questione (**Cass. III**, n. 36571/11: in motivazione, la S.C. ha precisato che l'esclusione della *culpa in vigilando* del Sindaco discende dall'art. 107, comma 3, lett. g), d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che attribuisce tale vigilanza al dirigente di settore).

6.1. B) *Amministratori di società e componenti del collegio sindacale.*

La posizione di garanzia degli **amministratori di società** per i reati fallimentari e societari trova la sua fonte negli artt. 2381, 2392, 2394 c.c., in base ai quali, l'amministratore di una società ha un preciso obbligo di adoperarsi per impedire non solo gli atti pregiudizievoli per l'integrità del patrimonio sociale, ma anche quelli pregiudizievoli per i soci, i creditori o i terzi, e comunque di eliminarne od attenuarne le conseguenze dannose, vigilando sul generale andamento della gestione; pertanto, laddove non adempia a tale obbligo di garanzia, egli concorre, ex art. 40, comma 2, per omissione, nei delitti fallimentari commessi da altri amministratori, dal momento che anche gli interessi tutelati dalle norme penali fallimentari sono compresi tra quelli affidati alle sue cure.

Laddove, oltre ad un **amministratore "di diritto"**, esista un **amministratore "di fatto"**, la **giurisprudenza** ritiene che tale ultimo soggetto — in base alla disciplina dettata dall'art. 2639 c.c. — deve ritenersi gravato dall'intera gamma dei doveri cui è soggetto l'amministratore "di diritto", e, pertanto, ove concorrano le altre condizioni di ordine oggettivo e soggettivo, è penalmente responsabile per tutti i comportamenti a quest'ultimo addebitabili, anche nel caso di colpevole e consapevole inerzia a fronte di tali comportamenti, in applicazione della regola dettata dall'art. 40, comma 2 (**Cass. V**, n. 15065/11).

Del reato di **omessa presentazione della dichiarazione ai fini delle imposte dirette o IVA**, l'**amministratore di fatto** risponde quale autore principale, in quanto titolare effettivo della gestione sociale e, pertanto, nelle condizioni di poter compiere l'azione dovuta, mentre l'**amministratore di diritto**, quale mero prestanome, è responsabile a titolo di concorso per omesso impedimento dell'evento (ex artt. 40, comma 2, e 2932 c.c.), a condizione che ricorra l'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice (**Cass. III**, n. 38780/15).

La tematica dell'amministratore di diritto è frequentemente accostata a quella della **c.d. "testa di legno"**, ovvero dell'amministratore di diritto mero prestanome di altri soggetti, che in concreto agiscono quali amministratori di fatto:

secondo la costante **giurisprudenza**, la circostanza di avere rivestito solo formalmente la carica sociale, non esonera l'amministratore di diritto da responsabilità, in quanto l'accettazione della stessa gli attribuisce quei doveri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione degli affari sociali (**Cass. III**, n. 7770/14): ne consegue che l'amministratore di diritto risponde uni-

tamente all'amministratore di fatto per non avere impedito l'evento che aveva l'obbligo di impedire, quando abbia, sotto il profilo soggettivo, la generica consapevolezza che l'amministratore di fatto distrugga, occulti, dissimuli, distrugga o dissipati i beni sociali. La prova di detta consapevolezza non è deducibile dal solo fatto che il soggetto abbia accettato di ricoprire formalmente la carica di amministratore, ma, quando si tratti di soggetto che abbia accettato il ruolo di amministratore esclusivamente allo scopo di fare da prestanome, la mera consapevolezza che dalla propria condotta omissiva possano scaturire gli eventi tipici del reato (dolo generico), o l'accettazione del rischio che questi si verifichino (dolo eventuale), possono risultare sufficienti per l'affermazione della responsabilità penale (**Cass. V**, n. 73323/15).

Particolare interesse ha suscitato, nel dibattito giurisprudenziale, la figura degli **amministratori senza delega** (cc.dd. consiglieri non operativi), introdotta dalla riforma societaria (d.lgs. n. 6 del 2003), che ne ha senz'altro alleggerito oneri e responsabilità rispetto agli amministratori esecutivi, rendendoli responsabili verso la società nei limiti delle attribuzioni proprie, quali stabilite dalla disciplina normativa.

In particolare, è stato rimosso il generale "obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione" (già contemplato dall'art. 2392, comma 2, c.c.), sostituendolo con l'onere di "agire informato" (art. 2381 c.c.), inteso come potere-dovere di richiedere informazioni. Ne esce riconfigurata la posizione di garanzia del consigliere non operativo rispetto al passato: ai fini della responsabilità penale per fatti di bancarotta fraudolenta, non è sufficiente la presenza di dati (c.d. segnali d'allarme) da cui desumere un evento pregiudizievole per la società o almeno il rischio della verifica di detto evento, ma è necessario che egli ne sia concretamente venuto a conoscenza ed abbia volontariamente omesso di attivarsi per scongiurarlo (**Cass. V**, n. 23000/13). Secondo altro orientamento, invece, pur a seguito della riforma, i consiglieri non operativi continuano ad essere penalmente responsabili ex art. 40, comma 2, per la commissione degli eventi che vengano a conoscere (anche al di fuori dei prestabiliti mezzi informativi) e che, pur potendo, non provvedano ad impedire: la prova della responsabilità può derivare anche solo dalla dimostrazione della presenza di segnali significativi in relazione all'evento illecito, nonché del grado di anormalità di questi sintomi (**Cass. V**, n. 3708/12).

La posizione di garanzia dei **sindaci di società** trova la sua fonte negli artt. 2403-bis e 2407 c.c.; da essa deriva una responsabilità normalmente a titolo di concorso omissivo, ex art. 40, comma 2, ovvero sotto il profilo della violazione del dovere giuridico di controllo che, ordinariamente, inerisce alla loro funzione, *sub specie* dell'equivalenza giuridica, sul piano della causalità, tra il non impedire un evento che si ha l'obbligo di impedire, ed il cagionarlo (**Cass. V**, n. 15360/10).

Il suddetto obbligo di vigilanza non si esaurisce nella mera verifica contabile della documentazione messa a disposizione dagli amministratori ma, pur non investendo in forma diretta le scelte imprenditoriali, si estende al contenuto della gestione sociale, a tutela sia dell'interesse dei soci, sia di quello concorrente dei creditori sociali, e comprende anche un minimo di riscontro tra la realtà effettiva e la sua rappresentazione contabile: ne consegue che, in tema di bancarotta, è configurabile il concorso dei componenti del collegio sindacale nei reati commessi dall'amministratore della società anche a titolo di omesso controllo sull'operato di quest'ultimo o di omessa attivazione dei poteri loro riconosciuti dalla legge (**Cass. V**, n. 18985/16).

Anche il **Presidente del collegio sindacale** può concorrere nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, qualora sussistano puntuali elementi sintomatici, dotati del necessario spessore indiziario, in forza dei quali l'omissione dell'esercizio dei poteri di controllo — e, pertanto, l'inadempimento dei poteri doveri di vigilanza il cui esercizio sarebbe valso ad impedire le condotte distrattive degli amministratori — esorbiti dalla dimensione meramente colposa per assurgere al rango di elemento dimostrativo di dolosa partecipazione, sia pure nella

forma del dolo eventuale, per consapevole accettazione del rischio che l'omesso controllo avrebbe potuto consentire la commissione di illiceità da parte degli amministratori (**Cass. V**, n. 26399/14).

6.2. C) Amministratore di sostegno.

La **giurisprudenza** ha affermato che l'amministratore di sostegno non è titolare di una posizione di garanzia, e quindi non risponde del reato di abbandono di persone minori od incapaci, poiché,

« pur avendo un dovere di relazionare periodicamente (secondo la cadenza temporale stabilita dal giudice) sull'attività svolta e sulle condizioni di vita personale e sociale del beneficiario, il compito dell'amministratore di sostegno resta fundamentalmente quello di assistere la persona nella gestione dei propri interessi patrimoniali e non anche la "cura della persona", poiché l'art. 357 cod. civ., che indica tale funzione a proposito del tutore, non rientra tra le disposizioni richiamate dall'art. 411 tra le "norme applicabili all'amministrazione di sostegno". Ciò significa che, in mancanza di apposite previsioni nel decreto di nomina (che, nella prospettiva di particolare duttilità dell'istituto, definisce in concreto i poteri e dunque anche gli obblighi dell'amministratore, individuando, in relazione alla specificità della situazione e delle esigenze del soggetto amministrato, gli atti che l'amministratore ha il potere di compiere in nome e per conto di quest'ultimo e quelli che costui può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore), l'amministratore di sostegno non assume una posizione di garanzia rispetto ai beni della vita e dell'incolumità individuale del soggetto incapace » (**Cass. V**, n. 7974/16).

Nel caso esaminato, in mancanza di qualsiasi richiamo al decreto del giudice tutelare, in applicazione del principio è stata esclusa la titolarità di una posizione di garanzia da parte dell'imputato in favore dell'incapace, peraltro materialmente assistita dal figlio e da una badante.

6.3. D) Arbitri.

La **giurisprudenza** ha escluso la responsabilità dell'arbitro per le lesioni patite da un calciatore a causa di un avvallamento del terreno di gioco, nascosto da una pozzanghera di acqua piovana, osservando che l'arbitro di una partita di calcio **non è titolare di una posizione di garanzia** in ordine all'incolumità fisica dei calciatori e dei guardalinee per le lesioni derivanti dalle condizioni del terreno di gioco, in quanto gli artt. 60 e 64 delle Norme organizzative interne della FIGC (Federazione Italiana Giuoco Calcio), che attribuiscono all'arbitro la facoltà di disporre la sospensione od il rinvio della partita, si riferiscono soltanto alla valutazione circa la possibilità di disputare la partita a causa degli eventi atmosferici o di ragioni di ordine pubblico che possano ostacolare o impedire il regolare svolgimento del gioco (**Cass. IV**, n. 9160/18).

6.4. E) Forze dell'ordine.

Particolari problemi pone la configurabilità di una **posizione di controllo a carico degli appartenenti alle forze dell'Ordine**.

La **giurisprudenza** è ferma nel ritenere che la qualifica di ufficiale od agente di polizia giudiziaria grava, ai sensi dell'art. 40, comma 2, il soggetto di una particolare posizione di garanzia avente come contenuto l'obbligo giuridico di evitare l'agire illecito di terzi:

si è, conseguentemente, ritenuto che il non impedire l'attività illegittima di sfruttamento ed esercizio della prostituzione ai gestori di una casa, nella quale una poliziotta si prostituiva a sua volta, costituisce concorso (aggravato dalla qualifica di pubblico ufficiale) per omissione nella predetta attività illecita, che la poliziotta aveva il dovere di impedire, e non il reato di omessa denuncia ex art. 361 c.p. (**Cass. III**, n. 3100/96); si è anche precisato che il concorso omissivo nel reato ex art. 40, comma 2, c.p. si distingue dalla fattispecie di omessa denuncia di reato ex art. 361 c.p., in quanto, in quest'ultima ipotesi, il pubblico ufficiale si limita ad omettere o ritardare di denunciare un reato di cui sia venuto a conoscenza, mentre nella prima non pone in essere un comportamento doveroso, di carattere positivo che avrebbe potuto impedire la commissione di un reato (**Cass. VI**, n. 11295/15).

Diversamente, la **dottrina** nega l'esistenza, a carico degli appartenenti alle forze dell'Ordine, di un generalizzato obbligo penalmente rilevante di impedire le altrui condotte illecite,

essenzialmente per il rilievo che « *il dovere di impedimento dei reati gravanti sugli appartenenti alla forza pubblica ai sensi dell'art. 1 r.d. 18 giugno 1931 n. 773, ovvero sugli ufficiali ed agenti della polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 55 c.p.p., è troppo generico per poter soddisfare veramente a quelle caratteristiche di determinatezza e specialità che connotano il rapporto di protezione posto a fondamento della posizione di garanzia: insomma, non appare seriamente ipotizzabile una posizione di garanzia finalizzata a proteggere tutti i beni di tutti i cittadini* »; pertanto, ferme restando le eventuali conseguenze disciplinari di una inerzia ingiustificata, il concorso per omissione non impeditiva nell'altrui agire illecito sarebbe configurabile soltanto « *in presenza di particolari condizioni che conferiscano maggiore determinatezza e specificità agli obblighi di contenuto impeditivo: così, ad es., risponderebbe di concorso mediante omissione l'agente di scorta ad un uomo politico che rimanesse volutamente inattivo di fronte agli assassini del soggetto da proteggere* » (G. FIANDACA ed E. MUSCO 2014, 653).

6.5. F) Infortuni sul lavoro.

Il **datore di lavoro/dirigente** ed il **preposto** sono le principali figure cui la normativa antinfortunistica, nell'univoca interpretazione giurisprudenziale, attribuisce, nell'ambito dell'impresa, specifiche posizioni di garanzia autonomamente previste, trattandosi di soggetti titolari direttamente di distinti poteri, originari e specifici, collegati alle funzioni a ciascuno di essi demandate, la cui inosservanza comporta la diretta responsabilità *iure proprio*, anche in difetto di una delega di funzioni.

In particolare, l'art. 2087 c.c., unitamente alla specifica normativa antinfortunistica ed agli artt. 437 e 451 c.p., costituisce il **datore di lavoro** garante dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro (**Cass. SU**, n. 5/99, e **Cass. IV**, n. 42465/10).

Si è precisato che l'errore sulla legittima aspettativa che non si verifichino condotte imprudenti dei lavoratori non è invocabile da parte del **datore di lavoro**, il quale, per la sua posizione di garanzia, risponde dell'infortunio sia a titolo di **colpa diretta**, per non aver negligenzatamente impedito l'evento lesivo ed eliminato le condizioni di rischio, che a titolo di **colpa indiretta**, per aver erroneamente invocato a sua discriminante la responsabilità altrui qualora le misure di prevenzione siano state inadeguate (**Cass. IV**, n. 16890/12), e — ove non abbia adottato misure atte a prevenire il rischio di infortuni — è esonerato da responsabilità solo ove la condotta non sia esigibile per l'imprevedibilità della situazione di pericolo da evitare (**Cass. III**, n. 38209/11: in motivazione, la S.C., in una fattispecie nella quale l'operaio deceduto aveva agito in palese violazione delle specifiche prescrizioni impostegli dal suo datore di lavoro, ha precisato che, in tal caso, la condotta colposa del lavoratore assurge a causa sopravvenuta da sola sufficiente a produrre l'evento ex art. 41, comma 2, c.p.).

Particolarmente numerose sono state le pronunce relative alla figura del **responsabile del servizio di prevenzione e protezione — RSPP —** (art. 2, lett. f), d.lgs. n. 81 del 2008).

La responsabilità penale del datore di lavoro non è esclusa per il solo fatto che sia stato designato il **RSPP**, poiché quest'ultimo **non è titolare di alcuna posizione di garanzia** rispetto all'osservanza della normativa antinfortunistica, ed agisce, piuttosto, come semplice ausiliario del datore di lavoro, il quale rimane direttamente obbligato ad assumere le necessarie iniziative idonee a neutralizzare le situazioni di rischio (**Cass. fer.**, n. 32357/10); in altri termini, si tratta di una sorta di **consulente del datore di lavoro** ed i risultati dei suoi studi ed elaborazioni sono fatti propri dal datore di lavoro che lo ha scelto, con la conseguenza che quest'ultimo è chiamato a rispondere delle eventuali negligenze del primo (**Cass. IV**, n. 1841/10). Il **datore di lavoro**, avvalendosi della consulenza del RSPP, ha l'obbligo giuridico di analizzare e individuare, secondo la propria esperienza e la migliore evoluzione della scienza tecnica, tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda e, all'esito, deve redigere e sottoporre periodicamente ad aggiornamento il documento di valutazione dei rischi previsto dall'art. 28 d.lgs. n. 81 del 2008, all'interno del quale è tenuto a indicare le misure precauzionali e i dispositivi di protezione adottati per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori (**Cass. SU**, n. 38343/14: fattispecie in cui la S.C. ha confermato il giudizio di colpevolezza dell'amministratore delegato, dei dirigenti aziendali e del responsabile del servizio di prevenzione e protezione per la morte di alcuni dipendenti provocata dalla mancata adozione di efficaci misure antincendio sottovalutate nel documento di valutazione dei rischi).

Il RSPP, pur svolgendo all'interno della struttura aziendale un ruolo non gestionale ma di consulenza, ha l'**obbligo giuridico di adempiere diligentemente l'incarico affidatogli e di collaborare con il datore di lavoro**, individuando i rischi connessi all'attività lavorativa e fornendo le opportune indicazioni tecniche per risolverli, all'occorrenza disincentivando eventuali soluzioni economicamente più convenienti ma rischiose per la sicurezza dei lavoratori, con la conseguenza che, in relazione a tale suo compito, può essere chiamato a rispondere, quale garante, degli eventi che si verificano per effetto della violazione dei suoi doveri (**Cass. SU**, n. 38343/14: fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto penalmente rilevante la condotta del responsabile del servizio che aveva redatto il documento di valutazione dei rischi con indicazione di misure organizzative inappropriate, sottovalutando il pericolo di incendio e omettendo di indicare ai lavoratori le opportune istruzioni per salvaguardare la propria incolumità); il RSPP **può essere chiamato a rispondere a titolo di colpa professionale**, degli eventi dannosi derivati dai suoi suggerimenti sbagliati o dalla mancata segnalazione di situazioni di rischio, dovuti ad imperizia, negligenza, inosservanza di leggi o discipline, che abbiano indotto il datore di lavoro ad omettere l'adozione di misure prevenzionali doverose, poiché egli ha l'obbligo giuridico di collaborare con il datore di lavoro, individuando i rischi connessi all'attività lavorativa e fornendo le opportune indicazioni tecniche per risolverli, con la conseguenza che, in relazione a tale suo compito, può essere chiamato a rispondere, quale garante, degli eventi che si verificano in conseguenza della violazione dei suoi doveri, anche unitamente al datore di lavoro (**Cass. IV**, n. 49821/12). Nel commentare quest'ultima decisione, la **dottrina** ha evidenziato che essa « *nel confermare che l'essere formalmente responsabili del servizio di prevenzione e protezione non comporta automaticamente la titolarità di una posizione di garanzia, richiedendo, a tal fine, presupposti ulteriori, idonei a dar vita in concreto al ruolo di garante, mostra in realtà di propendere per una concezione più sostanzialistica o realistica, che non formalistica, della *Garantenstellung*: cioè per una concezione che, superando il mero dato dell'investitura formale, punta alla valorizzazione di condizioni sostanziali di tipo funzionalistico che spieghino la ragione dell'equiparazione normativa tra il cagionare ed il non impedire un evento lesivo* » (G. FIANDACA 2013, 363 s.).

Gli **obblighi** che comunque incombono sul datore di lavoro in quanto titolare della posizione di garanzia sono **sempre e comunque indefettibili**, anche nel caso in cui il lavoratore da tutelare sia **figlio dello stesso datore** (**Cass. IV**, n.

38118/10: fattispecie nella quale il lavoratore deceduto in conseguenza della colposa violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro contestata al datore di lavoro era il figlio giovanissimo di quest'ultimo, assunto come collaboratore familiare artigiano da neanche un mese).

È titolare di una posizione di garanzia nei confronti del lavoratore il **proprietario (committente)** che affida lavori edili in economia ad un lavoratore autonomo di non verificata professionalità, ed in assenza di qualsiasi apprestamento di presidi anticaduta, pur a fronte di lavorazioni in quota superiore a metri due (**Cass. IV**, n. 42465/10: la S.C. ha precisato che l'unitaria tutela del diritto alla salute, indivisibilmente operata dagli artt. 32 Cost., 2087 c.c. ed 1, comma 1, l. n. 833 del 1978, impone l'utilizzazione dei parametri di sicurezza espressamente stabiliti per i lavoratori subordinati nell'impresa, anche per ogni altro tipo di lavoro).

Va qualificato come **datore di lavoro** (in quanto tale, titolare di una posizione di garanzia) il soggetto che, pur avendo **formalmente appaltato a terzi** le opere che avevano dato origine all'infortunio, cionondimeno **sia intervenuto** costantemente nella loro esecuzione, acquistando i materiali e le attrezzature, curando l'organizzazione del lavoro ed impartendo istruzioni e direttive (**Cass. IV**, n. 7954/13, in fattispecie nella quale il presunto appaltatore, privo di mezzi operativi e di risorse finanziarie, era risultato essere un mero fornitore di manodopera straniera, alla quale provvedeva a tradurre le direttive dell'imputato).

Nel caso di **prestazioni eseguite in attuazione di un contratto d'appalto**, l'estensione al committente della responsabilità dell'appaltatore è ammissibile soltanto laddove l'evento possa ritenersi causalmente collegato a un'omissione colposa, specificamente determinata, che risulti imputabile alla sfera di controllo dello stesso committente (**Cass. IV**, n. 6874/14); l'**appaltatore** risponde per la mancata adozione di misure atte a prevenire il rischio di infortuni, le quali vanno individuate in ragione delle peculiarità della sede di lavoro e progressivamente adattate in ragione del mutamento dello stato dei luoghi, determinato dai lavori in corso (**Cass. IV**, n. 3774/15); anche il **subappaltante** è esonerato dagli obblighi di protezione solo nel caso in cui i lavori siano subappaltati per intero e rivestano una completa autonomia, tanto che non possa verificarsi alcuna sua ingerenza rispetto ai compiti del subappaltatore (**Cass., sez. IV**, n. 1490/10).

La posizione di garanzia del **preposto** a tutela dell'incolumità dei lavoratori è oggi specificamente prevista dall'art. 2, lett. e), d.lgs. n. 81 del 2008, che lo definisce come « la persona che, in ragione delle competenze professionali e nei limiti di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, sovrintende alla attività lavorativa e garantisce l'attuazione delle direttive ricevute, controllandone la corretta esecuzione da parte dei lavoratori ed esercitando un funzionale potere di iniziativa »: egli risponde degli infortuni occorsi ai lavoratori se abbia violato gli obblighi derivanti dalla predetta posizione di garanzia, purché sia titolare dei poteri necessari ad impedire l'evento lesivo in concreto verificatosi (**Cass. IV**, n. 12251/15).

Sono state ritenute **assimilabili alla figura del preposto**:

– la figura del **sorvegliante di cava**, che assume la qualità di garante dell'obbligo di assicurare la sicurezza del lavoro, in quanto sovrintende alle attività, impartisce istruzioni, dirige gli operai, attua le direttive ricevute e ne controlla l'esecuzione, sicché egli risponde delle lesioni occorse ai dipendenti (**Cass. IV**, n. 24764/13: fattispecie nella quale è stato ritenuto responsabile il "sorvegliante di cava" che aveva consentito ad un dipendente inesperto di movimentare blocchi di marmo, la cui caduta provocava a quest'ultimo lo schiacciamento e la successiva amputazione di una gamba);

— la figura del **capocantiere**, garante dell'obbligo di assicurare la sicurezza sul lavoro, che ha tra l'altro il dovere di segnalare situazioni di pericolo per l'incolumità dei lavoratori e di impedire prassi lavorative *contra legem* (**Cass. IV**, n. 4340/16: fattispecie nella quale è stata ritenuta la responsabilità del capo-cantiere in ordine al reato di omicidio colposo per non avere impedito che i lavoratori operassero quotidianamente all'interno di uno scavo privo delle idonee armature di sostegno).

Il coordinatore per l'esecuzione dei lavori (art. 92 d.lgs. n. 81 del 2008)

ha una funzione di autonoma vigilanza che riguarda la generale configurazione delle lavorazioni, e non anche il puntuale controllo, momento per momento, delle singole attività lavorative, che è demandato ad altre figure operative (datore di lavoro, dirigente, preposto) (**Cass. IV**, n. 45853/17).

Il **lavoratore**, per effetto di quanto in passato previsto dall'art. 5, commi 1 e 2, lett. b), d.lgs. n. 626 del 1994, ed attualmente dall'art. 20 d.lgs. n. 81 del 2008, è garante, oltre che della propria sicurezza, anche di quella dei propri colleghi di lavoro o di altre persone presenti, quando si trova nella condizione di intervenire per rimuovere le possibili cause di pericolo, in ragione di una posizione di maggiore esperienza. (**Cass. IV**, n. 36452/14: in applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto la responsabilità penale di un dipendente per non aver impedito la movimentazione — senza previo abbassamento della piattaforma aerea su cui si trovava con un collega assunto da poco — di un trabattello semovente che, abbattutosi al suolo a causa di un'asperità, li faceva precipitare procurando ad entrambi lesioni gravi).

In caso di **pluralità di titolari della posizione di garanzia** (cfr. § 5.1.), anche per quanto riguarda il rispetto della normativa antinfortunistica sui luoghi di lavoro ciascuno è, per intero, destinatario dell'obbligo giuridico di impedire l'evento: ne consegue che, se è possibile che determinati interventi siano eseguiti da uno dei garanti, è, però, doveroso per l'altro o per gli altri garanti, dai quali ci si aspetti la stessa condotta, accertare che il garante tenuto ad attivarsi in precedenza sia effettivamente intervenuto (**Cass. IV**, n. 45369/10).

Ciascun garante deve analizzare i rischi specifici connessi alla propria attività, ed adottare « le conseguenti, appropriate misure cautelari, avvalendosi proprio di figure istituzionali, come il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, che del sapere necessario sono istituzionalmente portatori. Correttamente si è parlato al riguardo di **autonormazione**: espressione che ben esprime la necessità di un continuo autoadeguamento delle misure di sicurezza alle condizioni delle lavorazioni. L'**obbligo giuridico** nascente dalla attualizzata considerazione dell'accreditato sapere scientifico e tecnologico è talmente pregnante che è sicuramente destinato a prevalere su quello eventualmente derivante da disciplina legale incompleta o non aggiornata » (**Cass. SU**, n. 38343/14).

L'art. 299 d.lgs. n. 81 del 2008 disciplina le conseguenze dell'esercizio di fatto di poteri di controllo e della funzione di garante in relazione alla normativa antinfortunistica, stabilendo che « Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d), ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti ».

La **giurisprudenza** ha precisato che, nell'ambito dell'attività di impresa ed in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro, in base al **principio di effettività**, assume la posizione di **garante** colui il quale **di fatto** si accolla e svolge i poteri del datore di lavoro, del dirigente o del preposto, il che non vale, tuttavia, a rendere efficace una delega priva dei requisiti di legge (**Cass. IV**, n. 22246/14: nella fattispecie, la S.C. ha rilevato come fosse rimasta accertata una concreta ingerenza da parte dell'imputato — ancorché privo di attribuzioni formali o deleghe all'interno dell'organizzazione del cantiere — che tra le altre disposizioni aveva impartito quella cui conseguì l'evento dannoso).

Per la tematica della delegabilità delle posizioni di garanzia in materia antinfortunistica nell'ambito delle strutture soggettivamente complesse, si rinvia al § 7.1.

6.6. G) Internet provider.

La **giurisprudenza esclude l'esistenza** a carico dell'*internet provider* (proprietario delle infrastrutture di telecomunicazione: *network provider*; fornitore di accessi: *access provider*; fornitore di servizi: *service provider*) **di un generalizzato obbligo preventivo di controllo** sui reati commessi dai gestori dei siti ospitati attraverso la diffusione *on line* di determinati contenuti, la cui violazione renderebbe il *provider* responsabile *ex art. 40, comma 2*, dei predetti reati.

È stata, conseguentemente, esclusa la configurabilità del reato di **trattamento illecito di dati personali** (art. 167 *Cod. privacy*, d.lgs. n. 196 del 2003) a carico degli amministratori e dei responsabili di una società fornitrice di servizi di *Internet hosting provider*, per aver memorizzato e reso accessibile a terzi un video contenente dati sensibili (nella specie, un disabile ingiuriato e schernito dai compagni in relazione alle sue condizioni), omettendo di informare l'utente che aveva immesso il *file* sul sito dell'obbligo di rispettare la legislazione sul trattamento dei dati personali, in un caso nel quale il contenuto multimediale era stato rimosso immediatamente dopo le segnalazioni di altrui utenti e la richiesta della polizia. La S.C. ha, in particolare, evidenziato che l'attività svolta dal *provider* consiste nell'offrire una piattaforma nella quale i destinatari del servizio possono liberamente caricare i loro video; egli non ha poteri decisionali sui dati sensibili in essi inclusi, e, quindi, non può essere considerato titolare del trattamento degli stessi, finché non abbia l'effettiva conoscenza della loro illiceità, poiché **non è previsto a suo carico un obbligo preventivo generale di sorveglianza**, di ricerca dei contenuti illeciti o di avvertimento della necessità di rispettare la disciplina sulla *privacy* (**Cass. III**, n. 5107/14).

La **dottrina** ha osservato che, « *se è vero che in ambito penale in Italia l'attuale irresponsabilità dell'host provider discende dai principi tradizionali che presidiano il nostro sistema — per cui senz'altro, in mancanza di una norma incriminatrice della condotta commissiva od omissiva, opera l'opposto principio per cui qualsiasi comportamento eventualmente volto a prevenire illeciti non è esigibile —, ciò non risulta altrettanto vero in ambito civile, dove il sistema della responsabilità risponde ad un'opposta esigenza ed è governato dal diverso principio dell'atipicità [ex art. 2043 c.c.]* » (F. DI CROMMO 2014, 346 ss.).

Detto obbligo (la cui fonte viene generalmente individuata proprio nella natura dell'attività d'impresa esercitata dal *provider*, e nelle responsabilità che ne possono derivarne anche civilisticamente) è, al contrario, configurato nel caso in cui il *provider* abbia conoscenza della strumentalizzazione della propria struttura per la commissione di reati da parte di terzi.

La **giurisprudenza** ha, ad esempio, ritenuto la responsabilità del gestore di un sito di attualità calcistiche a titolo di concorso nel reato di diffamazione (art. 595 c.p.) commesso da un terzo, in danno del presidente della FIGC Tavecchio, attraverso la pubblicazione, sulla *community* del

sito, di un articolo dai contenuti offensivi, valorizzando (non per l'omesso controllo preventivo sul contenuto dell'articolo, bensì) l'intervenuto accertamento che l'imputato aveva mantenuto consapevolmente l'articolo sul sito, consentendo che lo stesso esercitasse la propria, incontestata, efficacia diffamatoria dalla data in cui l'autore dell'articolo gli aveva inviato una e-mail che lo informava dei contenuti diffamatori diffusi sul sito, fino alla data successiva nella quale era stato eseguito il sequestro preventivo del sito (**Cass. V**, n. 54946/16).

I nuovi mezzi di manifestazione del pensiero destinati ad essere trasmessi in via telematica (quali *forum*, *blog*, *newsletter*, *newsgroup*, *mailing list* e *social network*), pur essendo espressione del diritto di manifestazione del pensiero, non possono godere delle garanzie costituzionali (di cui all'art. 21 della Costituzione) relative al sequestro della stampa e rientrano nei generici siti Internet che non sono soggetti alle tutele e, per quello che più rileva in riferimento al tema in esame, agli obblighi di controllo preventivi previsti dalla normativa sulla stampa (cfr. art. 57 c.p. e cap. XI, § 8.2.):

« deve tenersi ben distinta, ai fini che qui interessano, l'area dell'informazione di tipo professionale, veicolata per il tramite di una testata giornalistica on line, dal vasto ed eterogeneo ambito della diffusione di notizie ed informazioni da parte di singoli soggetti in modo spontaneo. Il forum è una bacheca telematica, un'area di discussione, in cui qualsiasi utente o i soli utenti registrati (forum chiuso) sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile agli altri soggetti autorizzati ad accedervi, attivando così un confronto libero di idee in una piazza virtuale. Il forum, per struttura e finalità, non è assimilabile ad una testata giornalistica e non è soggetto, pertanto, alle tutele e agli obblighi previsti dalla legge sul stampa. Non diversa deve essere la conclusione per il blog (contrazione di web log, ovvero "diario in rete"), che è una sorta di agenda personale aperta e presente in rete, contenente diversi argomenti ordinati cronologicamente. Il blogger pubblica un proprio post, vale a dire un messaggio testuale espressivo della propria opinione, e lo apre all'intervento e al commento dei lettori; oppure ospita i post di altri soggetti che vogliono esprimere la loro opinione in merito a un determinato fatto. Anche il social-network più diffuso, denominato Facebook, non è inquadrabile nel concetto di "stampa", ma è un servizio di rete sociale, lanciato nel 2004 e basato su una piattaforma software scritta in vari linguaggi di programmazione; offre servizi di messaggistica privata ed instaura una trama di relazioni tra più persone all'interno dello stesso sistema. Altrettanto dicasi, infine, per la newsletter, che è un messaggio scritto o per immagini, diffuso periodicamente per posta elettronica e utilizzato frequentemente a scopi pubblicitari; per i newsgroup, che sono spazi virtuali in cui gruppi di utenti si trovano a discutere di argomenti di interesse comune; per la mailing list, che è un metodo di comunicazione, gestito per lo più da aziende o associazioni, che inviano, tramite posta elettronica, a una lista di destinatari interessati e iscritti informazioni utili, in ordine alle quali si esprime condivisione o si attivano discussioni e commenti. Conclusivamente, le forme di comunicazione telematica testé citate sono certamente espressione del diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21, primo comma, Cost.), ma non possono godere delle garanzie costituzionali in tema di sequestro della stampa. Rientrano, infatti, nei generici siti Internet che non sono soggetti alle tutele e agli obblighi previsti dalla normativa sulla stampa » (**Cass. SU**, n. 31022/15).

La **Corte EDU** (sez. III, 9 marzo 2017, Pihl c. Svezia), con riguardo al caso di un commento anonimo, offensivo dell'onore del ricorrente (accusato di appartenere al partito nazista) pubblicato su un *blog*, i cui gestori erano stati ritenuti dalle autorità nazionali non responsabili nei confronti del ricorrente, non ha ravvisato violazioni della Convenzione EDU.

Premesso che in casi simili occorre bilanciare il diritto al rispetto della vita privata con la libertà di espressione dei singoli e delle associazioni che gestiscono portali internet, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la decisione di

non considerare i gestori responsabili del commento anonimo era corretta, perché il commento (pur offensivo dell'onore del ricorrente) non incitava all'odio o alla violenza, ed era stato pubblicato su un *blog* gestito da una piccola associazione priva di finalità di lucro, e senza molto seguito, rimanendo *on line* soltanto per nove giorni, e quindi risultando non accessibile al grande pubblico; inoltre, i gestori del *blog* non avrebbero potuto immaginare l'evenienza della pubblicazione di quel commento, del tutto estraneo ai contenuti normalmente presenti sul sito, ed avevano prontamente provveduto a rimuoverlo all'indomani della richiesta dell'interessato.

Soltanto apparentemente più rigorosa, quanto alla responsabilità penale del *provider* in tema di **pornografia minorile**, è la legge n. 269 del 1998,

il cui art. 3 (che ha inserito nel codice penale l'art. 600-ter), nel costruire la fattispecie di distribuzione, divulgazione o pubblicizzazione (nonché, per effetto della l. n. 38 del 2006, diffusione), per via telematica, di materiale pedopornografico, come dolosa (art. 600-ter, comma 3, c.p.), collega, a sua volta, la possibile responsabilità penale del *provider* (a titolo di concorso, ex art. 110 c.p., con il soggetto che ha diffuso nel proprio sito tali inqualificabili materiali) alla sua consapevolezza, con « previsione e volontà » (ex art. 43, comma 1, c.p.), di agevolare l'altrui condotta illecita, lungi dal costituire il *provider* come garante; ancora una volta senza costituirli come garanti, la già citata l. n. 36 del 2006 ha introdotto a carico dei fornitori di servizi e di connettività una serie di oneri, sempre collegati, peraltro, alla acquisita conoscenza dell'esistenza di siti pedopornografici, e non quindi in funzione preventiva, di protezione e/o controllo.

La legge n. 128 del 2004 (di conversione, con modifiche, del d.l. n. 72 del 2004) ha introdotto una serie di misure destinate a rendere effettiva la **tutela** anche penale **del diritto d'autore** ed, in particolare, nuovi obblighi di vigilanza e controllo anche a carico dei *providers*, tenuti, a seguito di provvedimento dell'autorità giudiziaria:

(a) a comunicare alle autorità di polizia ogni informazione in proprio possesso che possa risultare utile ad individuare i gestori dei siti e gli autori delle condotte penalmente sanzionate (art. 1, comma 5, l. n. 128 del 2004);

(b) a porre in essere tutte le misure che si palesino utili ad impedire l'accesso ai siti che diffondano illecitamente i contenuti in oggetto, ovvero a rimuovere i contenuti segnalati (art. 1, comma 6, l. n. 128 del 2004).

L'inosservanza è sanzionata in via amministrativa (art. 1, comma 7, l. n. 128 del 2004): tali forme di collaborazione, « richieste ai fornitori di connettività e servizi, sono perfettamente in armonia con l'art. 17 del d.lgs. 70/2003, in materia di e-commerce, in quanto non determinano alcun obbligo di controllo e di vigilanza sulle informazioni trasmesse o memorizzate, né alcun obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite » (Relazione governativa al d.l. n. 72 del 2004, Guida al dir. 2004, 14, 20).

L'introduzione dei predetti obblighi consente, tuttavia, di ipotizzare che il *provider*, se abbia ricevuto notizia dalle indicate Autorità della commissione di illeciti in Rete, ed in particolare del reato di cui all'art. 171-ter l.d.a., con richiesta delle connesse informazioni e/o attività, e ciononostante sia rimasto inadempiente, possa essere ritenuto responsabile delle condotte illecite ulteriormente commesse, in concorso (a titolo quantomeno di dolo eventuale) con l'autore, per averne consapevolmente agevolato la commissione, od avere accettato il rischio.

È sempre attuale la *querelle* sulla possibile responsabilità penale per la vendita, attraverso i siti di **eBay** (e simili), di prodotti contraffatti:

in difetto di un generalizzato obbligo di controllo attivabile *ex art.* 40, comma 2, c.p., deve ritenersi che, a carico del gestore del sito, siffatta responsabilità (*ex artt.* 110 - 474 - 648 c.p.: entrambe le fattispecie non sono punibili a titolo di mera colpa) possa essere ravvisata soltanto ove si raggiunga la prova dell'effettiva conoscenza della falsità degli oggetti reclamizzati ed offerti in vendita, peraltro agevolmente argomentabile quando il prezzo richiesto dall'inserzionista sia irrisorio rispetto all'apparente valore commerciale del bene messo in vendita.

6.7. H) Medici ed infermieri.

Grande rilievo va riconosciuto alla **posizione di protezione di fonte legale** (ed agli obblighi che ne conseguono) **del medico nei confronti del paziente**: « *derivante dalle disposizioni che disciplinano il servizio sanitario nazionale, ma riconducibile anche all'art. 32 Cost., essa trae giustificazione dall'incapacità del paziente di proteggersi da solo dai pericoli per la propria salute ed integrità* » (G. FIANDACA ed E. MUSCO 2014, 651).

La **giurisprudenza** ha affermato che il **medico** — in presenza di rilevabili e apprezzabili indici obiettivi significativi di un prevedibile (o anche solo possibile) atteggiamento dissimulativo del paziente psicologicamente instabile in relazione alla confessione delle proprie patologie di altra natura — è **responsabile del mancato o trascurato approfondimento** delle relative condizioni cliniche generali, dovendo in tal caso ricondursi alla responsabilità colposa del sanitario la mancata assunzione di tutte le possibili e lecite iniziative volte a indurre il paziente a indagare in modo effettivo e controllato il proprio stato di salute, e quindi ad avviarlo alla cura dei propri stati patologici, con la conseguente ipotizzabilità della responsabilità dello stesso sanitario per le prevedibili conseguenze lesive rivenienti da dette patologie (**Cass. IV**, n. 1846/16).

Il **medico psichiatra** è titolare di una posizione di garanzia che comprende un obbligo di controllo e di protezione nei confronti del paziente, diretto a prevenire il pericolo di commissione di atti lesivi ai danni di terzi e di comportamenti pregiudizievoli per sé stesso, anche se il paziente non sia sottoposto a ricovero coatto, ed ha, pertanto, l'obbligo — quando sussista il concreto rischio di condotte autolesive, anche suicidarie — di apprestare specifiche cautele (**Cass. IV**, n. 33609/16: fattispecie in cui è stata confermata l'affermazione di responsabilità di un medico del reparto di psichiatria di un ospedale pubblico per il suicidio di una paziente, ricoverata con diagnosi di disturbo bipolare in fase depressiva, nei confronti della quale aveva omesso di assicurare una stretta e continua sorveglianza, sebbene le notizie anamnestiche e la diagnosi di accettazione avessero reso evidente il rischio suicidiario; conforme, **Cass. IV**, n. 43476/17: fattispecie in cui è stata confermata l'affermazione di responsabilità per il reato di omicidio colposo di un medico del reparto di psichiatria di un ospedale pubblico, per il suicidio di una paziente affetta da schizofrenia paranoide cronica, avvenuto qualche ora dopo che la paziente, presentatasi in ospedale dopo avere ingerito un intero flacone di Serenase, era stata dimessa dal medico, senza attivare alcuna terapia e alcun meccanismo di controllo).

Non solo il medico tutore, ma anche lo 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 (**Cass. IV**, n. 6215/09).

Il **medico anestesista** è tenuto a controllare, prima dell'inizio dell'intervento chirurgico, che lo sfigmomanometro ed il pulsossimetro siano presenti in sala operatoria e pronti all'uso, essendo suo compito verificare costantemente i parametri vitali del paziente (**Cass. IV**, n. 7597/14).

Il **medico chirurgo operatore** è titolare di un'ampia posizione di garanzia nei confronti del paziente, in virtù della quale egli è tenuto a concordare con l'anestesista il percorso anestesio-logico da seguire — avute presenti anche le condizioni di salute del paziente e le possibili implicazioni operatorie legate ad esse — nonché a vigilare sulla presenza in sala operatoria del medesimo anestesista, deputato al controllo dei parametri vitali del paziente per tutta la durata dell'operazione (**Cass. IV**, n. 1832/15).

Il **personale di pronto soccorso**, in virtù della sua posizione di garanzia a tutela della salute dei cittadini bisognosi di cure di primo intervento, è tenuto anche a verificare che la presenza di medici ed infermieri sia adeguata all'affluenza dei pazienti in pronto soccorso; per tale ragione, nel caso in cui si verificano particolari situazioni di emergenza, idonee a pregiudicare la salvaguardia del bene tutelato, detto personale ha l'obbligo di allertare i sanitari in servizio in altri reparti dell'ospedale, al fine di consentirne l'intervento in supporto (**Cass. IV**, n. 11601/15).

In tema di **colpa medica d'équipe**, il chirurgo capo equipe, fatta salva l'autonomia professionale dei singoli operatori, ha il dovere di portare a conoscenza di questi ultimi tutto ciò che è venuto a sapere sulle patologie del paziente e che, se comunicato, potrebbe incidere sull'orientamento degli altri (**Cass. IV**, n. 3456/93: fattispecie in tema di omicidio colposo di cui è stato ritenuto responsabile, insieme con l'anestesista, il chirurgo per non essersi egli premurato di informare l'anestesista stesso delle condizioni cardiologiche del paziente).

Grava sul capo dell'**équipe** medico-chirurgica il dovere, da valutarsi alla luce delle particolari condizioni operative, di controllare il conteggio dei ferri utilizzati nel corso dell'intervento e di verificare con attenzione il campo operatorio prima della sua chiusura, al fine di **evitare l'abbandono** in esso di **oggetti** facenti parte dello strumentario (**Cass. IV**, n. 34503/16: fattispecie relativa alla omessa rimozione di una garza dall'addome del paziente).

L'ampia posizione di garanzia nei confronti del paziente della quale è titolare il **capo dell'équipe** operatoria non è limitata all'ambito strettamente operatorio, ma si estende anche alla fase post-operatoria:

« tale enunciazione trova razionale giustificazione nel fatto che il momento immediatamente successivo all'atto chirurgico non è per nulla avulso dall'intervento operatorio, non foss'altro che per il fatto che le esigenze di cura ed assistenza del paziente sono con tutta evidenza rapportate alle peculiarità dell'atto operatorio ed al suo andamento in concreto: contingenze note al capo-équipe più che ad ogni altro sanitario » (**Cass. IV**, n. 17222/12: fattispecie nella quale l'imputato, capo dell'**équipe** chirurgica che aveva operato un neonato con un solo giorno di vita per l'esecuzione di ileostomia, non aveva disposto il ricovero in unità di terapia intensiva e non aveva dato disposizioni per un articolato monitoraggio dei parametri vitali: conseguentemente, non era stata diagnosticata tempestivamente una emorragia che, per mancanza delle terapie necessarie, aveva determinato la morte del piccolo paziente).

Sempre in tema di **colpa d'équipe**, si ritiene non configurabile una responsabilità professionale dell'**aiuto** e dell'**assistente medico** sulla base della sola partecipazione all'intervento chirurgico effettuato direttamente dal primario, non essendo essi obbligati a dissociarsi dall'attività materialmente compiuta dal primo operatore né a manifestare il proprio dissenso "in tempo reale", abbandonando la sala operatoria (**Cass. IV**, n. 5684/14).

L'**infermiere** è titolare di una posizione di garanzia, poiché tra i suoi compiti rientra *« quello di controllare il decorso della convalescenza del paziente ricoverati in reparto, sì da poter porre le condizioni, in caso di dubbio, di un tempestivo intervento del medico »* (**Cass. IV**, n. 24573/11).

L'**infermiere specializzato** è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del paziente, avendo egli il dovere di attendere all'attività di somministrazione dei farmaci in modo non meccanicistico ma collaborativo con il personale medico orientato in termini critici, al fine non di sindacare l'operato del medico bensì per richiamarne l'attenzione su errori percepiti ovvero

per condividere gli eventuali dubbi circa la congruità o la pertinenza della terapia stabilita (**Cass. IV**, n. 2192/15).

Per la tematica della responsabilità di medici ed infermieri nell'ambito delle strutture sanitarie soggettivamente complesse, si rinvia al § 7.2.

6.8. I) Scuola.

Secondo la **giurisprudenza**, in capo al **dirigente scolastico**, in materia di reati colposi omissivi, è ravvisabile una **responsabilità di natura contrattuale** nei confronti degli allievi, che si caratterizza per l'esistenza di un obbligo di vigilanza e protezione connesso alla funzione educativa e all'affidamento dei minori all'istituto, al fine di evitare che gli stessi possano recare danno a terzi o a sé medesimi, o che possano essere esposti a prevedibili fonti di rischio o a situazioni di pericolo (**Cass. IV**, n. 2536/16).

La medesima posizione di garanzia sussiste in capo a tutti gli **addetti al servizio scolastico** nei confronti dei soggetti affidati alla scuola, che dipende sia dall'età e dal grado di maturazione raggiunto dagli alunni, oltre che dalle circostanze del caso concreto e dagli specifici compiti di ciascun addetto, e si caratterizza in generale per l'esistenza di un **obbligo di vigilanza** nei confronti degli alunni, per tutto il tempo in cui questi sono loro affidati, e quindi fino al momento del subentro, almeno potenziale, della vigilanza dei genitori o di chi per loro, al fine di evitare che gli stessi possano recare danno a terzi o a sé medesimi, o che possano essere esposti a prevedibili fonti di rischio o a situazioni di pericolo (**Cass. IV**, n. 17574/10).

La predetta posizione di garanzia, per il **preside**, trova al tempo stesso fonte legale nelle disposizioni che, tra le sue attribuzioni, prevedono quella di "curare l'attività di esecuzione delle normative giuridiche e amministrative riguardanti gli alunni e i docenti ... l'assunzione dei provvedimenti di emergenza e di quelli richiesti per garantire la sicurezza della scuola", nonché "tenere i rapporti con l'amministrazione scolastica nelle sue articolazioni centrali e periferiche, con gli enti locali che hanno competenze relative al circolo e all'istituto...." [art. 369, lett. d) ed h), d.lgs. n. 297 del 1994].

6.9. J) Sport e spettacoli.

Nell'ambito dell'attività sportiva, l'elaborazione giurisprudenziale ha individuato una serie di posizioni di garanzia, generalmente connesse al ruolo apicale rivestito dal soggetto e/o ai poteri di controllo sulla fonte di pericolo per i terzi.

Così, il **responsabile di una società sportiva**, che ha la disponibilità di impianti ed attrezzature per l'esercizio delle attività e discipline sportive, è titolare di una **posizione di garanzia**, ai sensi dell'art. 40, comma 2, ed è tenuto, anche per il disposto di cui all'art. 2051 c.c., a garantire l'incolumità fisica degli utenti e ad adottare quelle cautele idonee ad impedire il superamento dei limiti di rischio connaturati alla normale pratica sportiva, sicché ricorre il nesso di causalità tra l'omessa adozione di dette cautele e l'evento lesivo occorso ad un utente dell'impianto sportivo (**Cass. IV**, n. 22037/15).

Si è ritenuto che il **gestore di un centro sportivo** è titolare di una posizione di garanzia, che gli impone di adottare le cautele necessarie a preservare l'incolumità fisica degli utilizzatori, provvedendo alla manutenzione delle infrastrutture e delle attrezzature (**Cass. IV**, n. 18798/11, in fattispecie nella quale la causa delle lesioni patite da un calciatore è stata individuata nella

collocazione di una rete di recinzione a distanza troppo ravvicinata dal fondo campo, nonché nella mancata adozione di accorgimenti volti a fissarla al cordolo posto alla sua base ed a schermare quest'ultimo con materiale idoneo ad assorbire gli urti degli atleti in corsa).

Sono, altresì, titolari di posizione di garanzia:

— il **Presidente di una società sportiva**, nei confronti dei tesserati ed in relazione alla pratica sportiva (**Cass. IV**, n. 18981/09):

egli ha, pertanto, l'obbligo di accertare l'idoneità fisica di ciascuno di essi alla pratica sportiva, inoltrando la richiesta di visita medica e controllando successivamente che la visita sia eseguita presso gli ambulatori a ciò deputati e che sia stato rilasciato un certificato attestante inequivocabilmente l'idoneità fisica del tesserato alla pratica sportiva;

— il **gestore e il responsabile della sicurezza di un impianto sciistico**, in forza del contratto concluso con lo sciatore, il quale utilizza l'impianto e le piste dallo stesso servite, e non dalla presunta intrinseca pericolosità dell'attività svolta, atteso che pericolosa è in realtà la pratica sportiva dello sci (**Cass. IV**, n. 44796/15):

incombe sul gestore di impianti sciistici l'obbligo di porre in essere ogni cautela per prevenire i pericoli anche esterni alla pista ai quali lo sciatore può andare incontro in caso di uscita dalla pista medesima, laddove la situazione dei luoghi renda probabile per conformazione naturale del percorso siffatta evenienza accidentale (**Cass. IV**, n. 10822/10);

— il **gestore di una scuola di volo**, che abbia trascurato la manutenzione del velivolo, per l'obbligo di garanzia assunto contrattualmente nei confronti degli affidatari del mezzo (**Cass. IV**, n. 21202/12);

— il **conducente di una motoslitta** (**Cass. IV**, n. 25654/11),

titolare « di una specifica posizione di garanzia quale guidatore di un mezzo meccanico assai particolare per le condizioni su cui è destinato a camminare, le superfici innevate appunto, particolarmente insidiose per la loro natura e per la variabilità collegata al variare delle condizioni climatiche e particolarmente pericoloso proprio per la difficoltà di porre in essere manovre rapide ed efficaci in presenza di un qualche ostacolo »;

— il **bagnino** che non si sia posizionato in maniera adeguata da tenere sotto controllo l'area sottoposta alla sua vigilanza (**Cass. IV**, n. 24165/13);

— la **guida di un gruppo di escursionisti subacquei**,

la quale è tenuta: a) a verificare la presenza nei partecipanti all'escursione dei brevetti attestanti i livelli di esperienza e di capacità acquisiti e la compatibilità degli stessi con le caratteristiche ed i livelli di rischio dell'escursione programmata; b) a scegliere il percorso più adeguato per raggiungere la meta concordata, in rapporto, non solo, alle capacità tecniche degli escursionisti ma, anche, alle effettive condizioni del mare ed ambientali, con la conseguente necessità di modificare la programmazione iniziale ove esse subiscano dei mutamenti (**Cass. IV**, n. 27964/14);

— l'**organizzatore di corse automobilistiche**,

che ha l'obbligo giuridico di porre in essere tutte le cautele possibili onde evitare incidenti di gara, non potendo, in difetto, invocare il carattere intrinsecamente pericoloso della predetta attività, che soltanto con riguardo alle condotte dei partecipanti può dirsi non ispirata al comune concetto di prudenza (**Cass. IV**, n. 27304/17: fattispecie in cui è stata ritenuta la responsabilità

dell'organizzatore di un *rally*, nel corso del quale un pilota era deceduto, urtando contro una quercia posta sul margine della carreggiata, e non adeguatamente segnalata e delimitata).

In tema di **spettacoli pirotecnici**, si è ritenuto che

sussiste la responsabilità per il reato di **incendio boschivo** (art. 423-*bis* c.p.) del legale rappresentante della ditta incaricata dello spettacolo pirotecnico che non si assicura, con diligenza ed attenzione maggiore, richieste dalla pericolosità dell'attività, che l'evento si svolga in condizioni di sicurezza idonee a prevenire rischi nei confronti dei terzi, in conseguenza degli spari azionati e della potenziale diffusione di scintille sulla vegetazione (**Cass. IV**, n. 48942/17).

6.10. K) *Violazioni edilizie.*

Per costante **giurisprudenza** la responsabilità del **proprietario non committente** non può essere oggettivamente dedotta dal diritto sul bene, né può essere configurata come responsabilità omissiva per difetto di vigilanza, attesa l'inapplicabilità dell'art. 40, comma 2, ma va dedotta da indizi ulteriori rispetto all'interesse insito nel diritto di proprietà, idonei a sostenere la sua compartecipazione, anche morale, al reato:

pertanto la stabile residenza dell'imputato in luogo distante da quello interessato dall'opera abusiva, l'assenza durante il periodo della costruzione di cui si erano occupati i genitori, e l'indisponibilità di risorse economiche compatibili con l'attività edilizia, sono tutti elementi che depongono per l'estraneità all'illecito del proprietario non committente (**Cass. III**, n. 44202/13 e n. 38492/16).

Il **direttore dei lavori** è garante, nei confronti del Comune, dell'osservanza e del rispetto dei contenuti dei titoli abilitativi all'esecuzione dei lavori (**Cass. III**, n. 34602/2010), così come il **dirigente del settore urbanistica del Comune**, il quale è titolare di una posizione di garanzia in relazione alla esecuzione di opere abusive nel territorio comunale:

si argomenta, in proposito, che l'art. 27 d.P.R. n. 380 del 2001 pone a carico del dirigente o del responsabile del competente ufficio comunale un obbligo di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi, imponendogli di intervenire ogni qualvolta venga accertato l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo o in difformità della normativa urbanistica, attraverso la emanazione di provvedimenti interdittivi e cautelari (**Cass. III**, n. 9281/11).

Ne consegue che il **Sindaco** non ha alcuna responsabilità penale per non aver impedito lo svolgimento di attività abusive incidenti sull'assetto urbanistico e paesaggistico del territorio comunale, dal momento che non è titolare di un generale dovere di vigilanza sulle attività in questione (**Cass. III**, n. 36571/11).

■ 7. *Segue. La delega delle posizioni di garanzia nelle strutture aziendali complesse.*

Nell'ambito delle strutture aziendali complesse, gli amministratori, titolari delle posizioni di garanzia, possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva di sovrintendere ad ogni settore, e non potrebbero, pertanto, esser ritenuti soggetti-