



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Penale

LA RESPONSABILITA' PENALE
DEL DATORE DI LAVORO

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Angelo Carmona

CANDIDATA

Costantina Caravatta

CORRELATRICE

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Novella Masullo

Matr. 115353

ANNO ACCADEMICO 2015-1016

INDICE

<i>Introduzione</i>	1
---------------------------	---

CAPITOLO I

LA POSIZIONE DI GARANZIA NEL SISTEMA PREVENZIONISTICO: POSIZIONE DI CONTROLLO SU FONTI DI PERICOLO.

1.1 L'obbligo giuridico di impedire l'evento e l'equivalenza causale di cui all'art. 40 cpv c.p.: inquadramento sistematico dell'istituto della posizione di garanzia	5
1.1.1. Teoria formale.....	11
1.1.2. Teoria sostanzialistico-funzionale.....	14
1.1.3. Teoria mista.....	16
1.1.4. Affinamento del concetto di posizione di garanzia attraverso una lettura costituzionalmente orientata.....	18
1.2. Il contenuto della posizione di garanzia: posizione di controllo e posizione di protezione	22
1.2.1 I confini della posizione di garanzia: poteri giuridici impeditivi, mero obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza.....	26
1.3. La categoria del rischio nel contesto della sicurezza sul lavoro e il garante come gestore del rischio	32

1.4. Le fonti normative in relazioni alle quali è possibile ricostruire il complesso dei poteri-doveri inerenti alla posizione di garanzia del datore di lavoro.....	38
1.4.1. L'articolo 2087 del codice civile: da fonte primaria dell'obbligo di garanzia del datore di lavoro a precetto sussidiario e di chiusura del sistema prevenzionistico.....	42
1.4.2. Gli obblighi di sicurezza che fanno capo al datore di lavoro alla luce del decreto legislativo 81 del 2008.....	45

CAPITOLO II

ACCERTAMENTO DEL NESSO CAUSALE TRA CONDOTTA DEL DATORE DI LAVORO E EVENTO

2.1. Teoria condizionalistica e giudizio ipotetico controfattuale nell'ambito della causalità omissiva.....	48
2.2. Quando l'evento è un infortunio sul lavoro o una malattia professionale: erosione da parte della giurisprudenza del paradigma causale.....	63
2.3. La teoria dell'aumento del rischio e l'imputazione oggettiva dell'evento.....	67

2.4. La rilevanza causale della condotta illecita del lavoratore: i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità e dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo.....	71
2.4.1. I rischi di una responsabilità oggettiva o per fatto altrui occulta.....	75
2.5. L'accertamento causale in caso di esposizione a sostanze tossiche.....	78
2.5.1. Ipotesi di patologia monofattoriale: asbestosi.....	79
2.5.2. Ipotesi di patologie multifattoriali: tumore polmonare e mesioteloma pleurico.....	81
2.5.3. Il ricorso alla categoria delle concause.....	88
2.5.4. Possibili vie d'uscita:	
a) contestazione del delitti di cui agli artt. 434 e 437 c.p. (reati contro l'incolumità pubblica)	
b) tesi di Masera: le evidenze epistemologiche sono sufficienti per pervenire alla condanna per omicidio o per lesioni personali.....	90

CAPITOLO III

IMPUTAZIONE SOGGETTIVA DELL'EVENTO

3.1. Inosservanza delle cautele doverose poste a tutela dell'incolumità fisica dei lavoratori e dei terzi: imputazione del reato di omicidio o lesioni a titolo di colpa.....	94
3.2. I rischi di una responsabilità oggettiva.....	103
3.3. Il principio di precauzione.....	105
3.4. L'articolo 2087 c.c.: un comodo passpartout.....	109
3.5. La sottile linea di confine tra la colpa cosciente e il dolo eventuale.....	113
3.5.1. Il caso ThyssenKrupp: il fatto.....	117
3.5.2. La prima sentenza: Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011.....	118
3.5.3. La sentenza d'appello: Corte d'Assise d'appello di Torino, 28 febbraio 2013.....	121
3.5.4. La decisione delle Sezioni Unite: sentenza n.38343/2014.....	124
3.5.5. Le obiezioni della dottrina.....	127

Considerazioni conclusive.....129

Bibliografia.....132

INTRODUZIONE

Il settore della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro costituisce, oggi, un importante banco di prova per la tenuta di alcune categorie fondamentali del diritto penale.

Categorie che, talvolta, tendono a “deformarsi” nella prassi giurisprudenziale, alla luce di un’asserita difficoltà in termini di adattabilità rispetto ad attività intrinsecamente pericolose, delle quali non sempre si conoscono tutti i possibili “effetti collaterali”.

Quei profili di incertezza, che attengono al piano delle conoscenze tecnico-scientifiche disponibili, non fanno che riflettersi quasi automaticamente sul piano dell’imputazione di un eventuale evento lesivo della salute del lavoratore, nel senso di giustificare una certa indulgenza nell’accertamento del nesso causale nonché una maggiore flessibilità nell’individuazione di profili di colpa. Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche impongono, infatti, continui adeguamenti delle regole di diligenza rendendo inevitabilmente precaria la loro affidabilità (se non, ancora prima, la loro stessa individuazione).

Non è mancata, in dottrina, la denuncia di una manipolazione degli istituti basilari del diritto penale in nome di una logica del punire ad ogni costo: “anche a costo di sostituire, *de iure condito*, l’attuale diritto penale dell’evento con un fumoso diritto penale del rischio”.¹

L’organizzazione aziendale, a seguito di una fitta legislazione prevenzionistica culminata nell’elaborazione del Testo Unico n.81 del 2008, si articola in un complesso sistema di gestione del rischio, nell’ambito del quale emerge chiaramente come garante primario della salute e della sicurezza del lavoratore il datore di lavoro, titolare di una pervasiva posizione di garanzia.

Il presente lavoro si propone di analizzare il tema della responsabilità penale per omesso adempimento degli obblighi di tutela dell’incolumità del lavoratore, posti a carico del datore di lavoro.

¹ MARINUCCI in ALESSANDRI (a cura di) *Diritto penale dell’impresa, materiali per lo studio*, Torino, 2007, 198.

La riflessione prenderà le mosse da un inquadramento sistematico dell'istituto della posizione di garanzia che ripercorre l'*iter* formativo della nozione attraverso il richiamo all'iniziale concezione formale a cui si è contrapposta, negli anni trenta, la tesi sostanzialistico-funzionale; entrambe sintetizzate, poi, nella teoria mista ed affinate, da più recente dottrina, attraverso una lettura costituzionalmente orientata.²

Mentre la prima teoria, espressione del liberalismo giuridico classico, individua il fondamento dell'obbligo di impedire l'evento esclusivamente in una fonte di rango formale, la seconda si accontenta della sussistenza di una situazione fattuale di garanzia tra il soggetto e il bene tutelato dalla norma incriminatrice.

Il punto di equilibrio si raggiungerà solo nella teoria mista che accoglie il concetto di posizione di garanzia elaborato secondo il criterio funzionale, ma lo ancora alla fonte formale, in osservanza del principio di legalità.

Soltanto, però, la ricostruzione di un siffatto obbligo di garanzia alla stregua dei principi costituzionali consentirà di chiarirne meglio il contenuto distinguendo il potere giuridico impeditivo (realmente idoneo a fondare una responsabilità per omesso impedimento dell'evento ex art. 40 cpv.) dal mero obbligo di attivarsi e dall'obbligo di sorveglianza.

Questa accortezza, in realtà, non sempre viene utilizzata dalla giurisprudenza che finisce per ampliare oltremodo i confini della posizione di garanzia, agevolata dal carattere aperto della formula utilizzata all'interno dell'articolo 40 cpv c.p. .

A questo punto, l'attenzione si focalizzerà sulla posizione di garanzia del datore di lavoro: evidentemente posizione di controllo su fonti di pericolo in quanto il garante è titolare del potere-dovere giuridico di impedire tutti gli eventi lesivi per gli altrui beni giuridici che risultano esposti a fonti di pericolo su cui egli ha poteri di signoria, organizzazione e disposizione.³

² Si veda approfonditamente MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.*, 2001.

³ LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di) *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*.

Tuttavia, per l'individuazione degli specifici obblighi di garanzia gravanti sul datore di lavoro non è più sufficiente l'articolo 2087 del codice civile, da sempre ritenuto fonte primaria della sua posizione, ma risulterà necessaria un'integrazione di contenuto attraverso lo studio e l'analisi del decreto legislativo n.81 del 2008.

Una volta definita puntualmente suddetta posizione di garanzia, si potrà passare a considerare il momento dell'accertamento del nesso causale tra la condotta omissiva del datore di lavoro e l'evento.

È questo, forse, uno dei profili più problematici, specie nel settore delle malattie professionali, stante l'irriducibile incertezza che connota la conoscenza scientifica in tema di esposizione a sostanze tossiche.

In particolar modo con riferimento a patologie multifattoriali, invocando la pluralità e l'inconoscibilità di tutti i fattori interagenti, sono stati formulati paradigmi estranei ad una concezione rigida di causalità, fondati sull'aumento o mancata diminuzione del rischio di lesione del bene protetto, aprendo le porte a pericolosi abbassamenti dello standard probatorio richiesto per l'accertamento del nesso eziologico.

È noto come la Corte di Cassazione sia intervenuta, con la sentenza Franzese, a scongiurare un tale affievolimento delle categorie causali affermando la necessità di un accertamento che - attraverso un modello bifasico di verifica dell'astratta affidabilità dell'ipotesi causale prima, e il controllo circa la validità della stessa nel caso concreto poi - soddisfi lo standard di certezza processuale dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Proprio quelle incertezze in ambito tecnico-scientifico, che vorrebbero giustificare la teoria dell'aumento del rischio, influiscono notevolmente, sul piano dell'imputazione soggettiva del reato, nella ricostruzione dei canoni di prevedibilità e di evitabilità dell'evento.

La particolare complessità del tema affonda le sue radici in un impianto normativo, quale quello del Testo Unico, dal forte carattere precauzionale: si avrà modo di notare come molte delle norme ivi contenute abbiano una vis, in realtà, non propriamente cautelare, proprio perché preordinate ad agire al fine di una prevenzione globale del rischio e non specifica.

È chiaro che, ragionando in tal senso, il giudizio di prevedibilità ed evitabilità verrebbe ad essere snaturato, impostato su una logica generalizzante e anticipato alla fase del rischio e non più riferito a quella della verifica dell'evento.

Si tratterà di capire come il principio di precauzione possa trovare adeguato bilanciamento con il principio di colpevolezza.

Infine, rimanendo sul piano soggettivo dell'imputazione, si ripercorrerà il *discrimen* tra la colpa cosciente e il dolo eventuale, ed in particolare la linea di confine così come individuata dalle Sezioni Unite nella recente sentenza ThyssenKrupp, analizzando come la stessa non abbia ancora segnato un punto di svolta nel dibattito in materia, essendo stata oggetto di molteplici considerazioni critiche da parte della dottrina.

CAPITOLO I

LA POSIZIONE DI GARANZIA NEL SISTEMA PREVENZIONISTICO: POSIZIONE DI CONTROLLO SU FONTI DI PERICOLO.

SOMMARIO: 1.1. L'obbligo giuridico di impedire l'evento e l'equivalenza causale di cui all'art. 40 cpv c.p.: inquadramento sistematico dell'istituto della posizione di garanzia. – 1.1.1. Teoria formale. – 1.1.2. Teoria sostanzialistico-funzionale. – 1.1.3. Teoria mista. – 1.1.4. Affinamento del concetto di posizione di garanzia attraverso una lettura costituzionalmente orientata. – 1.2. Il contenuto della posizione di garanzia: posizione di controllo e posizione di protezione. – 1.2.1. I confini della posizione di garanzia: poteri giuridici impeditivi, mero obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza. – 1.3. La categoria del rischio nel contesto della sicurezza sul lavoro e il garante come gestore del rischio. – 1.4. Le fonti normative in relazioni alle quali è possibile ricostruire il complesso dei poteri-doveri inerenti alla posizione di garanzia del datore di lavoro. – 1.4.1. L'articolo 2087 del codice civile: da fonte primaria dell'obbligo di garanzia del datore di lavoro a precetto sussidiario e di chiusura del sistema prevenzionistico. – 1.4.2. Gli obblighi di sicurezza che fanno capo al datore di lavoro alla luce del decreto legislativo 81 del 2008.

1.1.L'obbligo giuridico di impedire l'evento e l'equivalenza causale di cui all'art. 40 cpv c.p. : inquadramento sistematico dell'istituto della posizione di garanzia.

Da un punto di vista naturalistico l'omissione corrisponde ad un *non facere* che si riflette nell'assenza dell'intervento o della deviazione dell'uomo di fronte allo scorrere della serie causale che determina la verifica di un evento penalmente rilevante.

Dunque omissione come "nulla" naturalistico la cui rilevanza penale va ricercata nella sua essenza normativa: *nihil facere quod debetur*, non fare ciò che si aveva l'obbligo giuridico di fare.

Dottrina meno recente⁴, intenzionata a fondare sulla base naturalistica di una condotta attiva la rilevanza penale del non agire, aveva elaborato la teoria dell'*aliud agere*, secondo la quale, affinché potesse sorgere una responsabilità penale, bisognava intendere l'omissione non tanto come assenza di azione quanto piuttosto come la presunta azione alternativa, di fatto posta in essere dal soggetto e diversa da quella pretesa dall'ordinamento.

Una tale interpretazione dell'omissione, confutata dalla dottrina italiana nel Novecento, trascurava le ipotesi in cui non vi fosse una concreta azione alternativa ragionevolmente individuabile e disconosceva il rilievo penale ravvisabile nel contenuto normativo dell'omissione stessa.

E' affermazione ormai ricorrente, già a livello manualistico, quella per cui il diritto penale è tradizionalmente un diritto repressivo-conservativo, fatto più di divieti che di comandi.

In ossequio all'ideologia illuministico-liberale, dominante nel periodo che va dalla metà dell'Ottocento fino alla prima guerra mondiale, la libertà di agire del singolo va tutelata nella sua massima estensione: l'ordinamento può imporre ai consociati il solo limite di astenersi dall'aggreddire la sfera dei diritti altrui, ma non può anche pretendere, se non in casi eccezionali, che il cittadino si attivi e intervenga positivamente per tutelare più efficacemente interessi dei quali non è titolare.

John Stuart Mill nel *Saggio sulla libertà* scriveva: "Rendere chiunque responsabile del male che fa ad altri è la regola, renderlo responsabile del male che non impedisce è, in termini relativi, l'eccezione".

Il carattere "eccezionale" della responsabilità omissiva, stante la maggiore ingerenza dello Stato nella sfera delle libertà individuali, risulta, nel tempo presente, in costante tensione con le istanze solidaristiche proprie di uno Stato sociale di diritto, che legittimano la previsione di comandi e consentono di giustificare l'espansione della sfera dell'omissione punibile.

In un ordinamento penale costituzionalmente orientato, il fondamento dell'obbligo positivo risiede, in vista di "un'omogeneizzazione economico-

⁴ La teoria viene enunciata per la prima volta dal criminalista tedesco LUDEN, a metà del XIX secolo.

politico-sociale”⁵, espressamente prevista dall’art. 2 della Costituzione, nel dovere di solidarietà che impone all’individuo di tenere comportamenti tali da soddisfare le altrui esigenze solidaristiche.

La funzione solidaristica della responsabilità penale per omissione è immediatamente riconoscibile nel reato omissivo improprio, come concepito dalla dottrina contemporanea, che ravvisa lo scopo precipuo del meccanismo di conversione dell’art. 40 cpv nella volontà legislativa di riequilibrare, tramite l’assegnazione di specifiche posizioni di garanzia a determinati soggetti, la situazione di inferiorità dei titolari, totalmente o parzialmente incapaci a proteggere i propri beni⁶.

Muovendo dall’idea, secondo la quale, il diritto penale dell’azione reprime il “male” e il diritto penale dell’omissione persegue il “bene”⁷, il richiamo al principio solidaristico non può da solo risolvere il problema della legittimità della repressione penale dell’omissione.

⁵ MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. di dir. e proc. Pen.*, 2001, 337ss.

⁶ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, cit.

⁷ sembrerebbe ammettersi una funzione propulsiva o promozionale, in aperto contrasto con il carattere di extrema ratio del diritto penale; piuttosto che negare o affermare la legittimità di tale funzione promozionale LEONCINI, in *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, distingue due accezioni della suddetta locuzione: in un primo senso, può essere intesa come funzione di conservazione dei beni giuridici, ovvero del raggiungimento o migliore attuazione di obiettivi generalmente riconosciuti ai consociati e costituzionalmente garantiti; in un secondo senso, essa può essere intesa come induzione all’assimilazione da parte dei consociati, di valori non sentiti, o non ancora sentiti, nuovi, diversi o contrastanti rispetto a quelli dominanti o sanciti dalla Costituzione. Se con riferimento al primo significato la legittimità dell’utilizzazione dello strumento penale può essere affermata con certezza, circa il secondo dei significati chiaramente inammissibile se riferito a valori contrastanti con la costituzione potrebbe essere ammesso negli altri casi seppur entro limiti rigorosi; più netta è la posizione del FIANDACA-MUSCO secondo cui il diritto penale non si presta ad essere impiegato come strumento di trasformazione sociale atto a far conseguire l’acquisizione di beni futuri. Il diritto penale, per sua natura, tende a garantire o rafforzare la tutela di beni già venuti ad esistenza, che la coscienza sociale percepisce come particolarmente bisognosi di protezione.

Infatti, tale principio, in sé considerato, giustifica l'imposizione di obblighi giuridici ai consociati ma non chiarisce come il diritto penale possa essere l'adeguato strumento repressivo in caso di violazione di tali obblighi.

E' imprescindibile, ai fini di una corretta interpretazione del reato omissivo, valutare la sua compatibilità con il principio di offensività, cardine di un moderno diritto penale.

Sicuramente, siffatta valutazione implica un problema di non facile soluzione quanto meno a livello naturalistico, stante la natura essenzialmente normativa dell'omissione e l'impossibilità ontologica di una condotta omissiva di arrecare pericolo o danno al bene giuridico.

Il recupero dei reati omissivi al principio di offensività deve essere effettuato sul piano normativo⁸; in questo senso, l'inevitabile contrasto tra l'incriminazione dell'omissione e il basilare principio della materialità del fatto può essere superato dalla conformità del reato omissivo alla ratio garantista del suddetto principio⁹.

È la previsione stessa di un obbligo di garanzia che coglie il senso del diritto penale e si ricollega al principio di offensività in quanto individua a monte quei beni giuridici bisognosi di una tutela rafforzata e ne impone la protezione attraverso una condotta idonea ad impedire l'evento lesivo (in forma di danno o di messa in pericolo).

Si rende necessario, in via preliminare, distinguere, nell'ambito del reato omissivo, la fattispecie di reato omissivo proprio dalla fattispecie di reato omissivo improprio, anche detto *commissivo mediante omissione*.

⁸ MANTOVANI, *Il principio di offensività, nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Riv.it. dir. proc. Pen.* 1997, cit. 330.

⁹ MANTOVANI, *Dir. pen. Parte generale*. "Dal solo principio di materialità discende l'esclusivo divieto dell'incriminazione della nuda cogitatio; il rispetto del principio di materialità, disgiunto da quello di offensività, non si rivela affatto decisivo per stabilire la legittimità costituzionale del contenuto delle singole fattispecie incriminatrici, siano esse attive od omissive; il criterio per determinare tale legittimità costituzionale va ricercato, invece, anzitutto nel rispetto del principio di offensività".

Il *discrimen* tra queste due forme di illecito omissivo viene tradizionalmente individuato nella necessità della presenza o meno di un evento come requisito strutturale del fatto di reato.

Pertanto verrà definito “proprio” il delitto omissivo che consiste nel mancato compimento di un’azione che la legge penale comanda di realizzare, definiremo, invece, “improprio” quel reato omissivo che si sostanzia nella violazione dell’obbligo di impedire il verificarsi di un evento tipico ai sensi di una fattispecie commissiva-base¹⁰.

Ed è proprio sulla figura del reato c.d. *commissivo mediante omissione*, al centro di costanti diatribe dottrinali e oggetto di soluzioni interpretative talvolta distanti tra loro, che si focalizzerà la nostra attenzione nel corso della trattazione.

Esso nasce dall’innesto dell’articolo 40 cpv sulle singole fattispecie di parte speciale di natura commissiva, suscettive – a loro volta – di essere convertite in corrispondenti fattispecie omissive.

L’articolo 40 comma 2 assolve, così, ad una funzione di estensione della tipicità, rendendo possibile l’incriminazione di condotte omissive, *ex se* atipiche rispetto alla fattispecie incriminatrice-base, che diventano tipiche in virtù della conversione operata dalla suddetta norma.

¹⁰Tuttavia tale criterio discrezionale, condiviso dalla dottrina prevalente, viene messo in discussione da altra dottrina che pare ravvisare la linea di demarcazione tra i due tipi di reato omissivo in un criterio basato sulla tecnica di tipizzazione: per cui i reati omissivi sono “propri” se direttamente configurati come tali dal legislatore penale, sono “impropri” se carenti di una previsione legislativa espressa e ricavati dalla conversione di fattispecie create, in origine, per incriminare comportamenti positivi. (Tra gli altri: FIANDACA). La dottrina che più di recente si è occupata del tema ha suggerito un nuovo e diverso criterio. Al fine di distinguere tra reati omissivi propri ed impropri non sarebbe congruo guardare alla tecnica di tipizzazione né sarebbe decisivo guardare alla presenza o meno di un evento naturalistico; si dovrebbe piuttosto far leva sulla tipologia di obbligo gravante sul soggetto omissivo: ciò, nel senso che il meccanismo di applicazione dell’equiparazione di cui all’articolo 40 co. 2 può operare laddove – e soltanto laddove – in capo al soggetto omissivo gravi un obbligo che possa dirsi un vero e proprio “obbligo di garanzia” (Così LEONCINI, voce “*Reato omissivo*”, cit., pp. 35,36).

Invero, la disposizione di cui all'articolo 40 cpv. si limita a sancire una clausola di equivalenza, ponendo il principio per cui “non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo”: l'omissione assume la medesima rilevanza penale dell'azione nel momento in cui il mancato impedimento dell'evento violi quell'obbligo giuridico che comandava di porre in essere l'azione impeditiva.

A questo punto sono opportune due brevi precisazioni.

Innanzitutto, si comprende dal tenore letterale della norma che tale regola di equivalenza non si applica in modo indiscriminato, bensì funziona soltanto in relazione a quei reati di evento causalmente orientati (i reati a forma vincolata, per esempio la truffa, sono tali da non poter essere convertiti in una corrispondente fattispecie omissiva) ossia volti ad incriminare la realizzazione di un evento lesivo indipendentemente dalle modalità di produzione di questo; si tratta di reati, dunque, a forma libera il cui disvalore è incentrato sulla causazione e non sulle modalità di causazione dell'evento.

In secondo luogo, in esito al processo di conversione delle originarie fattispecie di divieto avremo di fronte nuove ed autonome fattispecie di comando: per effetto dell'innesto sorge una nuova fattispecie incentrata sul mancato impedimento dell'evento con carattere autonomo, diversamente da come vorrebbe l'impostazione più tradizionale.

In altre parole, viene ad integrarsi un vero e proprio illecito di omissione, lungi da essere considerato più semplicemente una diversa manifestazione del reato commissivo espressamente tipizzato dal legislatore e questa autonomia si spiega alla luce della differente natura della condotta richiesta: mentre il divieto esige un'astensione, il comando pretende il compimento di un'azione¹¹.

Tuttavia, il riconoscimento dell'autonomia strutturale della fattispecie omissiva impropria solleva non poche perplessità circa la compatibilità di questo modello di illecito e il principio di legalità, stante il carattere di clausola generale della formula contenuta nell'articolo 40 cpv, con il rischio finale di affidare alla

¹¹ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, sesta edizione, cit. 593.

giurisprudenza l'individuazione di un confine labile tra il punibile e il non punibile¹².

La laconicità dell'articolo 40 comma 2 rimette interamente all'interprete l'individuazione del necessario punto di equilibrio tra l'istanza di libertà e quella di tutela dei beni giuridici¹³.

La norma, infatti, si limita a prevedere un giudizio di equivalenza tra l'agire e l'omettere subordinato all'esistenza di un obbligo giuridico, la cui puntuale definizione di contenuto è croce e delizia per gli studiosi del diritto.

A lungo si è dibattuto sulla fonte dell'obbligo di garanzia e sulle ipotesi in cui si potesse effettivamente ritenere sussistente un obbligo giuridico tale da dar vita a responsabilità omissiva.

L'interrogativo ha conosciuto, nel corso dell'evoluzione dogmatica, risposte diametralmente opposte nella teoria formale e in quella sostanzialistico-funzionale fino a raggiungere un punto di sintesi in quella mista.

1.1.1. Teoria formale

Espressione del liberalismo giuridico classico, la concezione formalistica muove dal postulato dell'eccezionalità della responsabilità omissiva e ricerca il fondamento dell'obbligo di impedire l'evento esclusivamente in una fonte giuridica di rango formale.

La c.d. teoria del *trifoglio*, che tradizionalmente si fa risalire al Feuerbach, individua una triplice fonte giuridica dell'obbligo di attivarsi:

- Legge penale ed extrapenale;
- Contratto;
- Propria precedente attività pericolosa (c.d. ingerenza)¹⁴.

¹² FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*.

¹³ sulla teoria formale: GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto Penale e Processo* n.5/1999, 620 ss.

¹⁴ "il fondamento generale della posizione di garanzia da "ingerenza" viene individuato da Bohm nell'articolo 2 della Costituzione di Bonn che sancisce il diritto di ciascuno al libero sviluppo

In relazione al concetto di “legge”, come fonte del dovere di agire, si precisa che esso è utilizzato in senso a-tecnico così da estendersi anche a regolamenti e consuetudini.

Quanto al contratto, la sua idoneità a creare obblighi di garanzia si afferma alla luce del fatto che l’ordinamento gli attribuisce espressamente forza di legge tra le parti; e nell’ambito delle fonti civilistiche si fa rientrare altresì la *negotiorum gestio*, assunzione volontaria dell’obbligo ai sensi dell’articolo 2028 c.c. .

Infine, per quel che riguarda la propria precedente attività pericolosa, si fa riferimento a tutte quelle situazioni di pericolo per i terzi, che l’autore della condotta ha l’obbligo di controllare, attivandosi affinché non ne derivino offese ai terzi¹⁵.

Proprio la previsione di quest’ultima fonte, in aperta contraddizione con le premesse di una teoria che mirava a privilegiare le fonti formali nell’ottica di una maggiore certezza del diritto, presta il fianco ad un’obiezione difficilmente superabile che di seguito si cercherà di esporre.

In primis, manca nel nostro ordinamento un fondamento positivo, ossia un’espressa norma giuridica che preveda la propria attività pericolosa come fonte dell’obbligo di impedire le offese che ne potrebbero derivare.

Pertanto la teoria cade in contraddizione già sul piano squisitamente formale.

Procedendo, poi, ad un’analisi più attenta, si può imputare a suddetta tesi un’evidente confusione tra il piano della colpa e quello dell’omissione, finendo per far coincidere reati commissivi colposi e reati omissivi impropri.

della propria personalità. Questa la motivazione: se il legislatore non ha vietato ogni comportamento capace di mettere in pericolo terze persone, ne viene che chi compie azioni pericolose rientranti nel rischio consentito ha, in realtà, anche l’obbligo di impedire i possibili danni” così FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 138ss.

¹⁵ per le critiche al criterio della precedente attività pericolosa, v. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*; GIUNTA *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto Penale e Processo* n.5/1999, 620 ss.

Si tratta di due categorie dogmatiche distinte che in tal modo verrebbero erroneamente considerate equivalenti offrendo esclusivo rilievo alla componente omissiva dell'inosservanza delle regole cautelari insita nella colpa.

Si consideri l'esempio di scuola del soggetto che apre una buca nel cortile condominiale: lo svolgimento di qualunque attività pericolosa lecita è accompagnato dall'obbligo di adottare le regole cautelari necessarie ad impedire la verifica di offese a terzi.

Ove si verifichi l'evento tipico che la cautela mirava ad evitare (per riprendere l'esempio: un terzo cade inavvertitamente nella buca), l'eventuale responsabilità penale dell'agente si fonderà sulla violazione del dovere di diligenza, e non già sull'inosservanza del dovere di azione autonomamente considerato, dando luogo ad un reato commissivo imputabile a titolo di colpa.

Se l'evento è cagionato dallo svolgimento dell'attività pericolosa da parte del soggetto, che omette di adottare le cautele necessarie, verseremo nell'ambito della causalità attiva (salvo il caso in cui l'omissione di tali misure è già di per sé punibile)¹⁶.

La seconda critica, mossa alla teoria formale dell'obbligo di agire, è che essa comporta una "menomazione dell'autonomia d'intervento del diritto penale"¹² in quanto, subordinando la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento alla mera previsione formale dell'obbligo, prescinde dai diversi criteri ispiratori delle scelte degli altri rami del diritto e comporta un'automatica conversione della responsabilità extrapenale in penale: questo significherebbe ignorare l'ovvia verità per cui le esigenze di tutela del diritto penale non sono semplicisticamente assimilabili a quelle degli altri settori del sistema giuridico¹⁷. Pur riconoscendo alla teoria in esame l'indiscusso merito di ancorare la responsabilità penale al rispetto del principio di legalità, non si può non ammettere il suo fallimento dettato dall'incapacità di selezionare, nell'ambito della eterogenea molteplicità di obblighi di agire previsti da fonti formale, quelli che assolvono ad una reale "funzione di garanzia", mostrandosi inidonea a connotare e circoscrivere le ipotesi di responsabilità omissiva impropria, con la

¹⁶ GIUNTA, op.cit.

¹⁷ sul punto si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*.

conseguenza inaccettabile di dilatare oltremodo l'ambito applicativo dell'articolo 40 cpv.

Con particolare riferimento al contratto, poi, la tesi formale pecca per difetto in quanto, non essendo in grado di distinguere l'obbligo di garanzia dalle mere obbligazioni contrattuali, finirebbe per escludere questo obbligo e la conseguente responsabilità omissiva nei casi di invalidità del contratto quand'anche vi sia stata un'effettiva presa in carico del bene e il conseguente affidamento dello stesso da parte del titolare o del garante originario¹⁸.

Viceversa, suddetta tesi peccherebbe per eccesso, ravvisando l'obbligo e la corrispondente responsabilità penale per non impedimento, nei casi in cui il contratto è valido ma il soggetto non ha preso in carico il bene o non vi sia stato affidamento da parte di terzi (per citare un caso di scuola: la baby-sitter che non si presenta all'ora prestabilita risponderà di inadempienza contrattuale e non per omesso impedimento del fatto qualora i genitori decidessero di uscire ugualmente e il figlio, nel lasso di tempo in cui è stato lasciato da solo, malauguratamente si faccia male)¹⁹.

1.1.2. Teoria sostanzialistico-funzionale

Con l'intento di sopperire alle insufficienze della teoria formalistica, nella Germania degli anni trenta veniva elaborata la concezione sostanzialistico-funzionale che si sgancia dalle fonti formali, ritenendo il titolo di per sé irrilevante, e introduce il concetto di "*Garantenstellung*": la fonte dell'obbligo di impedire l'evento va ricercata nella situazione o posizione fattuale di garanzia rivestita dal soggetto rispetto al bene tutelato dalla norma incriminatrice.

¹⁸ a tale obiezione i fautori della tesi formale hanno risposto riconducendo la concreta presa in carico del bene, in base ad una stipulazione invalida, all'istituto privatistico della *negotiorum gestio* (art.2028 c.c.).

¹⁹ sul punto MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà e responsabilità personale*, in *Riv. It. di dir. e proc. Pen.* 2001; LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*.

Di dubbia compatibilità con il principio di legalità, suddetta tesi ha l'indubbio merito di aver individuato nella posizione di garanzia un elemento del fatto tipico: questa viene descritta come lo speciale vincolo che lega un bene giuridico ad un soggetto c.d. "garante", a cui il bene è affidato, che lo protegge alla luce dell'incapacità del titolare di quel bene di salvaguardarlo adeguatamente.

Solo la sussistenza di tale vincolo rende possibile l'equivalenza tra l'agire e l'omettere, alla luce, appunto, della necessità di munire taluni beni giuridici di una tutela rafforzata, in ragione dell'incapacità, totale o parziale dei titolari di proteggerli.

Questa nuova prospettiva, al contrario di quella precedente apertamente ispirata al *favor libertatis*, mira a "potenziare quella forza espansiva del dovere di solidarietà"²⁰.

Tuttavia, se da un lato, correttamente intuisce la necessità che l'autore del reato omissivo improprio debba rivestire una posizione qualificata affinché possa dirsi penalmente responsabile, dall'altro, la tesi in esame si slega completamente da criteri formali creando un evidente attrito con la stessa previsione di cui all'articolo 40 cpv, che richiede all'obbligo il requisito di giuridicità, e si affida totalmente a quei criteri materiali e funzionali che, oltre ad urtare il principio di legalità-riserva di legge, non soddisfano pienamente l'esigenza di tassatività²¹.

Sono proprio gli scrupoli garantistici, connessi al principio *nullum crimen sine lege*, ad opporsi alla sostituzione dell'obbligo giuridico, per lo più ben delineato legislativamente o contrattualmente, con una definizione dell'obbligo materiale e per ciò proprio vaga e indeterminata²².

Oltretutto, l'utilizzo in via esclusiva di criteri sostanzialistici si è rivelato, nella pratica, strumento estensivo della responsabilità e non risolutivo della questione

²⁰ GIUNTA, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *diritto penale e processo* n.5/1999.

²¹ sui limiti della teoria sostanzialistico funzionale si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale-parte generale*; GIUNTA, op.cit. ; LEONCINI, op.cit.; MANTOVANI, *Diritto penale-parte generale*.

²² SCHAFFSTEIN, citato in GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983.

relativa alla precedente azione pericolosa, perpetuando la tendenza a derivarne un obbligo di garanzia.

1.1.3. Teoria mista

I latini dicevano “*in medio stat virtus*”, così, la concezione mista si colloca a metà strada tra criterio formale e criterio funzionale tentando di operare una virtuosa sintesi: gli obblighi idonei a far sorgere una responsabilità penale sono quelli previsti da fonti di rango formale che si sostanziano in una posizione di garanzia.

Questa terza e più recente concezione, oggi prevalente nella dottrina italiana, cerca di integrare le due precedenti tesi e, dunque, accoglie il concetto di posizione di garanzia (*Garantenstellung*), così come elaborato dalla teoria contenutistico-formale in conformità con la funzione della responsabilità penale per omesso impedimento, e lo ancora ad una fonte formale, così come chiedeva la teoria formale ubbidendo al principio di legalità.

Sicché per ritenere sussistente un obbligo giuridico impeditivo ex art. 40 cpv occorre, innanzitutto, rinvenirne il fondamento in una fonte formale e più precisamente nella legge, penale o extrapenale, nel contratto e nella *negotiorum gestio*; con esclusione delle fonti sublegislative, che possono solo specificarne ulteriormente i contenuti, e della precedente attività pericolosa.

Tali obblighi devono poi essere selezionati, tra i molteplici doveri di agire, in base alla “posizione di garanzia” rivestita dall’obbligato, avuto riguardo all’esistenza di uno specifico e concreto rapporto di garanzia tra il soggetto gravato dell’obbligo e il bene da proteggere; esistenza che va valutata tenuto conto della funzione della responsabilità omissiva impropria e cioè quella di munire di “tutela rafforzata” determinati beni che ne risultano bisognosi.

La concezione suggerita dalla teoria mista è dunque “*una costruzione che – senza rinunciare al dato formale della giuridicità della fonte delle diverse situazioni tipiche di obbligo – utilizza dei criteri funzionali per selezionare, tra tali diverse situazioni, quelle che hanno una rilevanza penale (ai fini della*

costruzione della fattispecie omissiva impropria), così da poter essere considerate delle posizioni di garanzia”²³.

Pur tuttavia, anche quest’ultima impostazione non va esente da critiche.

Parte della dottrina²⁴ avverte una sopravvalutazione dei vantaggi, che in termini di legalità e certezza, si possano ricavare da un contemperamento delle due teorie precedenti e continua ad auspicare un intervento legislativo diretto a tipizzare la posizione di garanzia quale perno centrale attorno a cui ruota la fattispecie omissiva impropria.

Si teme che una tale concezione finisca per cumulare gli inconvenienti anziché superarli in quanto continuano a permanere consistenti incertezze nello stabilire, di fronte a singoli doveri di agire previsti dalla legge o dal contratto, se si tratti di un mero obbligo di attivarsi, di sorveglianza, ovvero di un vero e proprio obbligo di impedire l’evento²⁵.

In conclusione autorevole dottrina ha chiarito che: *“per impostare e risolvere correttamente il problema delle fonti dell’obbligo di garanzia, in ossequio al principio di riserva di legge, occorre puntualizzare quanto già presente in nuce nella concezione «mista». Da essa infatti può logicamente ricavarsi un terzo fondamentale profilo della fattispecie omissiva impropria, oltre a quelli prima indicati (necessaria giuridicità formale dell’obbligo di garanzia, ricavabile dalla tesi formale; e la sua funzione di tutela rafforzata, ricavabile dalla tesi sostanzialistico-funzionale), e, cioè, il necessario fondamento giuridico-formale della Garantstellung nel suo complesso. [...] E ciò che rende riconoscibile sotto il profilo giuridico-formale tale funzione di garanzia, distinguendo l’obbligo di impedire l’evento dagli altri obblighi di attivarsi, è la previsione normativa del*

²³ Nei suddetti termini si esprime GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit., pp. 221-222, uno dei primi nonché dei più importanti sostenitori, nella dottrina italiana, della necessità che *“all’indagine di tipo formale”* faccia seguito *“un’indagine di tipo funzionale, per valutare se l’obbligo de quo (...) assuma la «consistenza» di un obbligo di garanzia”*.

²⁴ è questa la posizione del FIANDACA-MUSCO, *diritto penale, parte generale*, cit. 610.

²⁵ Cfr.: LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 191 ss.

*complesso dei poteri giuridici, di vigilanza e di intervento (c.d. impeditivi) spettanti al garante.*²⁶

1.1.4. Affinamento del concetto di “posizione di garanzia” attraverso una lettura costituzionalmente orientata.

Più recente dottrina si è fatta promotrice di una ricostruzione dell’obbligo di garanzia alla luce dei principi costituzionali, con lo scopo di definirne meglio il contenuto, individuandone i suoi precisi requisiti penali costitutivi alla stregua dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale²⁷.

Una lettura costituzionalmente orientata consolida alcuni aspetti già indagati dalle teorie precedenti e fornisce ulteriori chiarimenti in merito alla nozione di “posizione di garanzia”.

Primo requisito, che trae origine dal principio di legalità-riserva di legge, già ampiamente valorizzato dall’impostazione formale, è la giuridicità dell’obbligo di garanzia, nel senso che esso non può trovare mai la propria fonte in norme soltanto morali ovvero in mere situazioni fattuali di garanzia ma sempre e soltanto in fonti giuridiche formali.

Il principio della riserva di legge in materia penale impone che l’obbligo di impedire l’evento trovi un ineludibile fondamento giuridico, non essendo sufficiente la sussistenza della mera possibilità materiale di impedire l’evento o di un dovere desunto da fonti extranormative.

La sussistenza e l’identificazione di un potere impeditivo non può avvenire su un piano meramente fattuale ma deve essere sempre ricondotta ad un connotato

²⁶ così LEONCINI, ult. op. cit. 193.

²⁷ MANTOVANI, *L’obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. It. di dir. e proc. Pen.*, 2001, 337ss.

di giuridicità: non si risponde per ciò che si “poteva” fare ma per ciò che si “doveva” fare e non è stato fatto²⁸.

Invero, se sul piano naturalistico l’omissione è un mero *non facere* e la c.d. causalità omissiva un “non senso”, ne consegue che, per la sua stessa essenza, il disvalore penale dell’omissione è inscindibilmente connesso alla doverosità giuridica del comportamento omesso²⁹.

Ma quale tra le fonti formali sia realmente idonea a conferire il necessario connotato di giuridicità all’obbligo è questione mai sopita in dottrina.

A riguardo autorevole dottrina afferma che “soltanto la legge può creare posizioni di garanzia, in quanto solamente la legge ha il potere di conferire la prevalenza sul bene della libertà comportamentale/personale”³⁰ mentre la funzione di disciplina concreta potrebbe essere svolta da qualsiasi fonte subordinata; più precisamente, un contributo da parte di fonti subordinate alla descrizione di situazioni tipiche d’obbligo potrà essere consentito negli stessi limiti in cui si ammetta, in termini generali, un temperamento del carattere assoluto della riserva di legge e, cioè, in “funzione specificativa”³¹ di una fattispecie previamente delineata nei suoi elementi essenziali dal legislatore.

Altra dottrina³² sostiene, invece, che l’obbligo impeditivo può sorgere da qualsiasi fonte formale e cioè anche da regolamento o consuetudine, negando che ciò sia in contrasto col principio di riserva di legge.

Secondo requisito, in base al principio di legalità-tassatività, è la sufficiente specificità dell’obbligo di garanzia: un obbligo puramente generico, a contenuto

²⁸ in questo senso si esprime CUPELLI, *Non tutto ciò che si può fare si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in riv. *It. di dir. e proc. Pen.*, 2014.

²⁹ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999. Cit.

³⁰ SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975, cit. 202. Con particolare riferimento alla fonte dell’obbligo di garanzia Sgubbi distingue tra la fase “creativa-astratta” della posizione e la fase “regolamentare-concreta” della stessa e dunque l’esigenza di riserva di legge va soddisfatta esclusivamente nell’abito della prima fase.

³¹ GRASSO, *Il reato*, cit.250.

³² MANTOVANI, *Dir.pen.,PG*, cit.195.

indeterminato non sarebbe idoneo a tipizzare l'azione doverosa la cui omissione risulti penalmente rilevante.

Terzo requisito, legato al principio di solidarietà, è la specificità dei soggetti beneficiari dell'altrui obbligo di garanzia, alla luce del fatto che una tutela rafforzata va circoscritta ai soli soggetti che risultano incapaci di adeguata autotutela.

Quarto requisito, che discende dal principio di libertà, è la specificità dei soggetti destinatari dell'obbligo di garanzia; diversamente si realizzerebbe una pretesa incondizionata nei confronti della generalità dei consociati.

A tal proposito Feuerbach asseriva: *“Nessun consociato per il solo fatto di essere tale, può pretendere dagli altri un intervento attivo nella propria posizione giuridica. Affinché si possa parlare di responsabilità per omissione occorre una pregressa e specifica relazione giuridica intersoggettiva”*³³.

In questo senso, si potrebbe dire che il reato omissivo improprio è sempre reato “proprio” potendo identificare il soggetto attivo esclusivamente nel garante.

Da ultimo, ma non per importanza, in questa veloce carrellata sui requisiti dell'obbligo di garanzia, che verranno approfonditi nel prosieguo, non può mancare un riferimento al principio di responsabilità penale personale sancito all'articolo 27 della Costituzione.

Il rispetto del suddetto principio implica che l'evento di reato possa essere obiettivamente imputato al soggetto agente: chiaramente se la condotta è attiva, l'imputazione si ha laddove sia ravvisabile un rapporto di causalità materiale tra l'azione e l'evento naturalistico; se, invece, la condotta è omissiva, l'equivalenza normativa di cui all'articolo 40 cpv c.p. ci impone di ritenere sussistente il nesso causale soltanto in presenza di un potere giuridico di impedire l'evento.

L'equiparazione dell'omesso impedimento alla causazione attiva richiede pertanto:

- l'imprescindibile esistenza di poteri giuridici impeditivi: affinché un soggetto si dica realmente garante è necessario che sia munito dei poteri per intervenire e prevenire il verificarsi dell'evento dannoso. Senza la

³³ FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

disponibilità in capo all'agente del complesso dei poteri giuridici necessari ad evitare l'evento, non sarebbe pretendibile, nei suoi confronti, l'assolvimento dell'obbligo, ragion per cui l'inerzia non gli potrebbe essere rimproverata.³⁴

- preesistenza del potere-dovere impeditivo rispetto alla situazione di pericolo: la posizione di garanzia non sorge in modo casuale, essa si sostanzia in un vincolo assunto antecedentemente al verificarsi della situazione di pericolo idonea a ledere il bene giuridico. La realizzazione di tale situazione funge soltanto da presupposto dell'obbligo di impedire l'evento lesivo in concreto.
- possibilità materiale del garante di compiere l'azione impeditiva idonea, venendo meno altrimenti l'obbligo di garanzia: *ad impossibilia nemo tenetur*.

Costituisce un limite intrinseco alla configurabilità dell'omissione l'impossibilità fisica di compimento dell'azione doverosa.

Non si realizza un'omissione in caso di mancato compimento dell'azione imposta quando non sussiste la possibilità di agire nel modo prescritto.

Impossibilità di agire che si declina in termini assoluti quando, in un'ipotesi completamente astratta, si impone il compimento di un'azione che nessuno potrebbe mai compiere; mentre l'impossibilità si declina in termini relativi quando l'obbligo non può essere adempiuto per le caratteristiche psico-fisiche del soggetto destinatario del comando ovvero quando sopraggiungono circostanze esterne che fungono da ostacolo all'azione.³⁵

³⁴ MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.* 2011, cit.

³⁵ Su tale distinzione MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*.

1.2. Il contenuto della posizione di garanzia: posizione di controllo e posizione di protezione.

Una volta chiarito il concetto di “posizione di garanzia”, concepito come uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico alla luce dell’incapacità del suo titolare di proteggerlo adeguatamente, la dottrina dominante³⁶ propone una bipartizione funzionale incentrata sul contenuto materiale e sullo scopo della posizione di garante: così il vincolo può estrinsecarsi in una “posizione di protezione” ovvero in una “posizione di controllo su fonti di pericolo”.

La prima forma tipica ha come scopo quello di salvaguardare un determinato bene giuridico da tutti i pericoli che possono minacciarne l’integrità, quale che sia la fonte da cui provengano.

Affinché si possa configurare una posizione di protezione, è necessaria la presenza di due condizioni: da un lato l’incapacità del titolare del bene protetto di contrastare, con le proprie forze, le situazioni di pericolo che possono pregiudicare il bene medesimo; dall’altro, la sussistenza di un rapporto di protezione tra il soggetto che assume la veste di garante dell’integrità del bene e il titolare del bene oggetto di garanzia.

Solo se soddisfatte tali condizioni si può affermare che il garante “signoreggia o domina alcuni fattori causali capaci di concorrere alla verifica dell’evento tipico”.³⁷

³⁶ Accoglie tale bipartizione: SGUBBI in *Responsabilità per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975 ; FIANDACA in *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979. Propone, invece, una tripartizione GRASSO in *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, ritenendo opportuno attribuire autonomo rilievo alle situazioni tipiche d’obbligo che hanno come contenuto l’impedimento di azioni criminose di terzi. L’autore considera poco persuasiva una catalogazione che inserisca la posizione di garanzia avente ad oggetto l’impedimento di fatti di reato di terzi all’interno delle posizioni di controllo su fonti di pericolo, in quanto, ai fini della configurazione di queste ultime sarebbe sufficiente un potere fattuale di signoria sulla fonte mentre nel primo caso si pone a fondamento della posizione di garanzia la titolarità di un potere giuridico.

³⁷ FIANDACA, ult.op.cit.

In questo ambito ha, senza dubbio, un rilievo paradigmatico il vincolo di protezione sussistente tra genitori e figli minori, sancito all'articolo 30 Cost. e dall'articolo 147 c.c. , in forza del quale il genitore ha l'obbligo di porre al riparo il figlio da tutti i pericoli che lo minacciano.

Si tratta di un rapporto di protezione che ha la sua ratio nell'incapacità naturale dei figli a difendersi da situazioni di pericolo e non sussiste in forma reciproca se non in via del tutto eccezionale nell'ipotesi in cui, ad esempio, un genitore si ammali gravemente e perda la capacità di provvedere a se stesso e il figlio si faccia carico dell'obbligo di assisterlo, assumendo volontariamente i compiti di garante.

La materia dei rapporti familiari fornisce numerosi esempi di posizioni di protezione penalmente rilevanti che trovano la loro fonte direttamente nella legge ma non è escluso che il vincolo di protezione possa scaturire anche da contratto, pensiamo al caso di scuola del bagnino che si impegna a proteggere il nuotatore inesperto.

Con puntuale precisione lessicale Fiandaca³⁸, in questo caso, parla di "assunzione consensuale" in quanto la stipula contrattuale non è di per sé sufficiente a far sorgere una posizione di garanzia, a tal fine è essenziale che, oltre al vincolo contrattuale, il garante assuma di fatto la funzione di tutela al cui assolvimento si è impegnato.

In altre parole, l'obbligo di impedire l'evento non sorge al momento della pattuizione tra le parti, bensì nel momento in cui l'obbligato assume effettivamente e materialmente l'incarico: l'assunzione in concreto è condizione indispensabile affinché la posizione di garanzia si traduca in un effettivo potere di signoria rispetto alla verifica dell'evento.

La seconda forma tipica della posizione di garanzia è quella di controllo su fonti di pericolo ed ha per scopo la neutralizzazione di una concreta fonte di pericolo, in modo da proteggere l'integrità di tutti i beni giuridici che possono risulterne minacciati.

³⁸ In *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979. Sul punto si veda anche MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2015, 234 ss.

Al garante viene attribuito il potere-dovere giuridico di impedire tutti gli eventi lesivi per gli altrui beni giuridici che possano risultare esposti ad una fonte di pericolo, sulla quale egli abbia poteri di signoria, organizzazione e disposizione³⁹.

Per la sua configurazione occorrono due condizioni: la prima è che il titolare del bene messo in pericolo si trovi nell'impossibilità di proteggere il bene medesimo; la seconda è che la sorgente da cui si origina la situazione di pericolo rientri nella sfera di signoria del garante.

Questa categoria è tanto interessante quanto impegnativa e merita alcune precisazioni.

Diversamente dalla comune opinione, non appare sufficiente parlare di potere meramente fattuale bensì di potere giuridico di signoria sulla fonte di pericolo⁴⁰, in accordo con le premesse concettuali relative al fondamento giuridico-formale della posizione di garanzia.

E sarà proprio la sussistenza di tale potere a generare una situazione di incapacità di piena autotutela del terzo: se l'incolumità del soggetto è esposta a pericoli scaturenti da cose che appartengono ad altri, questo non potrà proteggersi autonomamente se non attraverso un'ingerenza nella sfera altrui e pertanto la sua protezione non può che dipendere dalle cautele predisposte da chi ha sotto il proprio controllo la fonte del pericolo; su quest'ultimo, dunque, incomberà l'eventuale responsabilità per gli eventi dannosi.

Procedendo ad una esemplificazione delle principali ipotesi delle posizioni di controllo, vengono in considerazione, *in primis*, i casi in cui la fonte di pericolo rientra in una "propria sfera di appartenenza": cioè il soggetto che riveste, a seconda dei casi, la qualità di proprietario, possessore o custode di cose immobili (edifici, fondi etc.) o mobili (animali, macchine etc.) potenzialmente lesive di

³⁹ LEONCINI, *L'obbligo di impedire l'infortunio* in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di) *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

⁴⁰ In questo senso LEONCINI in *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

beni altrui, è obbligato ad apprestare le misure di sicurezza idonee ad impedire il verificarsi di eventi dannosi.⁴¹

Pensiamo agli articoli 672 e 677 del codice penale: tali norme costituiscono il fondamento degli obblighi di garanzia volti, rispettivamente, ad impedire l'evento lesivo che potrebbe derivare dalla pericolosità degli animali che il garante possiede o dal crollo di un edificio o una costruzione in rovina, di cui il garante è proprietario o obbligato alla conservazione o alla vigilanza.

Senza alcuna pretesa di esaustività possiamo elencare tra le altre ipotesi riconducibili alla suddetta categoria quella dell'obbligo di impedire l'agire illecito di un terzo che si giustifica alla luce dello stato di incapacità naturale del terzo (ad esempio per minorità o per malattia mentale) a governare in modo responsabile il proprio comportamento e pertanto sottoposto al potere di vigilanza e di controllo di un garante (ad esempio tutore o infermiere); ovvero si consideri il caso in cui sorga una posizione di garanzia in virtù dell'espressa attribuzione di un potere giuridico in capo ad alcuni soggetti al fine di impedire la commissione di reati da parte di altri soggetti.⁴²

Ma allo schema della posizione di controllo su fonti di pericolo va ricondotto anche il complesso degli obblighi di garanzia che incombono sul datore di lavoro a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori.

In questo caso la fonte di pericolo consiste nello svolgimento di un'attività produttiva i cui pericoli connessi sono arginabili solo da chi detiene il potere di incidere sull'organizzazione dell'attività stessa.

Tale attività, che per sua intrinseca natura, è capace di causare potenzialmente danni a determinati beni, è ammessa in virtù di un'evidente utilità sociale ma non può prescindere da un oculato bilanciamento di interessi che ammetta una percentuale di rischio tollerabile da un lato, e disponga norme comportamentali di prevenzione su cui incardinare una posizione di controllo dall'altro.

⁴¹ FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, 189 ss.

⁴² GRASSO ne *"Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie"* (Milano, 1983) individua come ipotesi tipica l'obbligo di impedimento dei reati societari gravante su amministratori e sindaci di società, in base, rispettivamente, agli articoli 2392 e 2403 c.c.

Prendendo atto della “*tendenza all’anonimia del danno*”⁴³, specie di fronte alla causazione di danni connessi al moderno processo produttivo, non è sempre agevole far coincidere il soggetto responsabile dell’evento con la persona che lo ha materialmente cagionato, pertanto si rende necessaria una scissione tra “centro produttore del danno” e “centro deputato al suo impedimento” che si realizza solo attraverso un ancoraggio normativo del presupposto della responsabilità.⁴⁴

Se è vero che la Costituzione ammette, in linea di principio, la repressione penale di quei comportamenti che privilegiano il raggiungimento di un vantaggio economico, trascurando le misure precauzionali atte ad impedire la lesione di beni di rango primario, è altrettanto vero che questa non specifica lo strumento tecnico idoneo a realizzare la tutela penale: compito che non può che spettare al legislatore ordinario, il quale è chiamato ad identificare i soggetti garanti attraverso la predisposizione di norme chiare e coerenti.

1.2.1. I confini della posizione di garanzia: poteri giuridici impeditivi, mero obbligo di attivarsi e obbligo di sorveglianza.

Prendendo le mosse dagli approdi raggiunti dalla teoria mista e facendo leva su una ricostruzione costituzionalmente orientata dell’obbligo impeditivo, si è andato forgiando il concetto di *potere giuridico* impeditivo; proprio su tale concetto è stato collocato il *discrimen* tra il vero e proprio obbligo impeditivo ex art. 40 cpv. (denominato “obbligo di garanzia”) e altre figure di “obblighi di fare”, simili al primo ma in realtà non idonei a fondare una responsabilità per omesso impedimento dell’evento, quali gli obblighi di attivarsi e gli obblighi di sorveglianza.

⁴³ SGUBBI, *Responsabilità per omesso impedimento dell’evento*, Padova, 1975, cit. 229.

⁴⁴ Sul punto si veda SGUBBI ult. op.cit.

Tuttavia, nella letteratura penalistica e nel linguaggio giurisprudenziale si attesta un utilizzo spesso promiscuo delle locuzioni “obbligo di attivarsi”, “obbligo di garanzia” e “obbligo di sorveglianza”.

Il problema nominalistico della qualificazione di tali obblighi sarebbe in sé marginale, se alla commistione di termini non corrispondesse una parziale sovrapposizione tra concetti diversi, che si riflette sul piano pratico-applicativo⁴⁵: ne discende l'incertezza nel tracciare i confini della posizione di garanzia che dovrebbe sorgere, in realtà, solo in presenza di poteri giuridici impeditivi che consentano, quantomeno a livello astratto, un intervento risolutivo e diretto sulla situazione di pericolo per il bene tutelato.

Bisogna ammettere che queste tre distinte categorie di obblighi presentano punti di contatto che nella prassi applicativa favoriscono la tendenza a mescolarli e considerarli del medesimo significato.

Tenendo conto della diversa pregnanza di contenuto, potremmo forse immaginare, metaforicamente, una piramide con alla base l'obbligo di vigilanza, in posizione intermedia l'obbligo di attivarsi e infine all'apice l'obbligo di garanzia.

È chiaro che incasellare l'obbligo di fare in una categoria piuttosto che in un'altra determina conseguenze diverse nel diritto penale.

Soltanto gli obblighi posti sulla punta della piramide saranno idonei a configurare una posizione di garanzia, in presenza della quale può dirsi valido il giudizio di equivalenza tra omettere e agire; mentre in tutti gli altri casi il contenuto dell'obbligo non è tale da comportare, in caso di violazione, una responsabilità penale per omesso impedimento del fatto.

Quanto all'obbligo di sorveglianza, questo si identifica nell'obbligo, posto a carico di determinati soggetti, muniti di poteri-doveri giuridici di controllo su altrui attività, ma privi di poteri giuridici autenticamente “impeditivi”, di vigilare sullo svolgimento delle attività suddette e di intervenire in caso di violazioni di leggi penali, mediante una condotta (consistente, di regola, nell'informare il garante o il titolare del bene), che non può, di per sé, impedire l'altrui

⁴⁵ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

comportamento illecito. Si pensi a titolo esemplificativo alla figura del caposquadra o del capocantiere.

In via di prima approssimazione, invece, possiamo parlare di “obbligo di attivarsi” con riferimento a quel dovere di agire che scatta nel momento in cui si verifica un determinato presupposto (atto o fatto giuridico) indicato dalla norma, la cui violazione può dar vita ad una responsabilità civilistica o a mere sanzioni disciplinari quando l’obbligo è previsto da fonte extrapenale, ovvero integrerà una fattispecie omissiva propria qualora si tratti di un obbligo penalistico di attivarsi.

Infine, la locuzione “obbligo di garanzia” si carica di un significato diverso, più pregnante, e non potrebbe essere altrimenti se teniamo in considerazione la funzione alla quale assolve: ossia assicurare una tutela “rafforzata” di un determinato bene giuridico alla luce dell’incapacità del suo titolare di apprestargli adeguata protezione.

Dunque garante come precostituito dominus ordinamentale del bene giuridico con valore compensativo rispetto alla condizione di maggiore vulnerabilità di quest’ultimo.⁴⁶

Il garante è anticipatamente e formalmente investito dell’obbligo di impedire l’evento lesivo a cui irrinunciabilmente deve corrispondere un effettivo potere impeditivo, che si sostanzierà, come si vedrà meglio più avanti, in poteri di vigilanza e di intervento.

Solo la presenza di questi elementi rende valida l’equivalenza tra l’omettere e il cagionare.

Alla luce di un’apparente analogia nella struttura, l’obbligo di vigilanza viene spesso confuso, in dottrina e soprattutto in giurisprudenza, con l’obbligo di garanzia.

In entrambi i casi infatti si registra un’assunzione anticipata dell’obbligo rispetto alla situazione di pericolo da parte di una particolare categoria di soggetti che sarà, altresì, dotata di un potere-dovere giuridico di controllo sull’altrui attività, nonché di iniziativa in caso di violazione della legge penale.

⁴⁶ Così MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.* 2011.

Tuttavia esiste una radicale differenza, a volte erroneamente obliterata, che attiene alla consistenza e alle finalità dei poteri-doveri giuridici di intervento. Infatti, in capo al garante coesistono sia poteri-doveri giuridici di vigilanza o controllo sull'altrui attività, sia un correlativo effettivo potere-dovere giuridico impeditivo di eventuali fatti illeciti, consistente nella possibilità, riconosciuta sotto il profilo formale e materiale, di intervenire direttamente ed efficacemente sulla situazione di pericolo per il bene.⁴⁷

Al contrario, in capo al titolare dell'obbligo di sorveglianza è del tutto assente quella corrispondenza tra potere-dovere di controllo e potere-dovere di intervento; si tratta infatti di un obbligo più limitato e meno penetrante di quello di garanzia che si esplica solitamente nel compito di informare il titolare del bene o il garante. In questo caso, dunque, il potere-dovere che viene in rilievo persegue soltanto indirettamente l'obiettivo di impedire l'azione illecita del terzo, la cui realizzazione potrà essere tutt'al più ostacolata⁴⁸; l'intervento del sorvegliante non è decisivo nella verifica dell'azione criminosa ma si limita ad essere coadiuvante nell'altrui impedimento.

Torniamo, ora, con un maggiore grado di approfondimento, sull'obbligo di attivarsi, prendendo in considerazione quegli aspetti che lo caratterizzano e lo distinguono sia dall'obbligo di garanzia che dall'obbligo di sorveglianza.

Innanzitutto il rapporto tra soggetto obbligato e bene giuridico tutelato è creato direttamente dalla norma e si instaura soltanto nel momento in cui si verifica il presupposto di fatto indicato nella norma stessa.

Manca, quindi, un pregresso affidamento del bene all'obbligato, non esiste un preesistente specifico rapporto giuridico.

L'obbligo di attivarsi sorge per fronteggiare una situazione occasionale di pericolo, a differenza degli altri due obblighi che, seppur di contenuto diverso, sono posti a presidio del bene alla luce della situazione di pericolo latente in cui questo costantemente versa.⁴⁹

⁴⁷ LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, 153 ss.

⁴⁸ MANTOVANI, *Diritto penale*, PG, 198.

⁴⁹ LEONCINI, *ult. op.cit.*

Quanto al momento dell'insorgenza, questo, nell'obbligo di attivarsi, coincide con il verificarsi del presupposto di fatto, mentre, nel caso del garante, presupposto imprescindibile è l'esistenza di una posizione di garanzia che il presupposto di fatto si limita a rendere operativa.

Prendendo in considerazione, poi, i possibili destinatari dell'obbligo di attivarsi ci accorgiamo che si tratta di soggetti privi di quel complesso di poteri-doveri giuridici di vigilanza ed impeditivi di eventuali eventi lesivi per il bene protetto; complesso, invece, intrinsecamente connaturato all'obbligo di garanzia.

Proprio l'assenza dei suddetti poteri impeditivi rende la violazione dell'obbligo di attivarsi inidonea a far sorgere una responsabilità per il reato omissivo improprio.

Più analiticamente, destinatari degli obblighi penalistici di attivarsi possono essere i consociati nella loro generalità (pensiamo ai reati di omissione di soccorso art. 593) ovvero specifiche categorie di soggetti (ad esempio l'obbligo di referto da parte degli esercenti una professione sanitaria art.365) ma in entrambi i casi gli obblighi saranno irrilevanti *ex* articolo 40 capoverso in quanto se così non fosse, nel primo caso si avrebbe una pretesa realizzabile solo attraverso un'indebita invasione nella sfera della libertà individuale di ciascun consociato, nel secondo ci si accontenterebbe dell'apparente soddisfacimento del requisito di specificità dell'obbligo di garanzia senza considerare che quest'ultimo richiede la preesistenza di un rapporto giuridico attraverso l'attribuzione di idonei poteri impeditivi.

Per concludere, nell'intento di dissipare la nebbia che avvolge i confini della posizione di garanzia, pare opportuno richiamare, in chiave di sintesi delle considerazioni fin qui svolte, la definizione che di essa ci fornisce Leoncini nella sua opera *“Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza”*: *“..l'obbligo di garanzia può essere sinteticamente definito come quell'obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie di soggetti (c.d. garanti), muniti dei necessari poteri giuridici, di vigilare ed intervenire direttamente sulle situazioni per impedire eventi lesivi degli altrui beni, la cui tutela è loro affidata per l'incapacità dei titolari di salvaguardarli appieno. L'affidamento della tutela del bene al garante (che si concreta in un “affidamento” in senso proprio del*

bene solo negli obblighi c.d. di protezione; mentre negli altri obblighi di garanzia si ha l'assegnazione della funzione di controllo su fonti di pericolo o sull'attività di altri soggetti) viene con l'attribuzione al soggetto, da parte di una specifica norma, di una pregressa (rispetto al verificarsi della situazione di pericolo, che attualizza l'obbligo) posizione giuridica di garanzia, caratterizzata dalla sussistenza di quel complesso di poteri giuridici, che consentono di adempiere l'obbligo impeditivo.”

1.3. La categoria del rischio nel contesto della sicurezza sul lavoro e il garante come gestore del rischio.

Il contesto della sicurezza del lavoro fa emergere con particolare chiarezza la centralità dell'idea di rischio: tutto il sistema è conformato per governare l'immane rischio e gli innumerevoli pericoli, connessi al fatto che *“l'uomo si fa ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli”*⁵⁰.

La dimensione del rischio viene messa in rilievo da recenti pronunce giurisprudenziali, basti considerare la sentenza sul noto caso ThyssenKrupp, ovvero la sentenza n° 48246⁵¹ su cui si è pronunciata la IV sezione penale della Corte di Cassazione il 29.10.2015, ovvero ancora la sentenza n° 49821 del 21.12.12⁵² decisa dalla medesima sezione.

⁵⁰ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343. Sentenza ThyssenKrupp.

⁵¹ Il caso concerneva un incidente presso il Forte Belvedere (Firenze) in cui perdeva la vita un uomo, precipitando all'interno di una cannoniera. La vittima, mentre si spostava da un terrapieno all'altro, ignorando la presenza di tale vuoto non segnalato né adeguatamente visibile a causa della scarsa illuminazione e della particolare conformazione del luogo, cade nel suddetto vuoto. L'incidente accade durante lo svolgimento di attività di pubblico spettacolo. Infatti, il Comune, nella volontà di utilizzarlo per eventi culturali, aveva provveduto ad effettuare i necessari sopralluoghi che, tuttavia, erano avvenuti nelle sole ore diurne. L'assessore alla cultura, già a conoscenza del fatto che quel luogo costituiva una vera e propria insidia, essendo stato scenario di altri incidenti che avevano riguardato degli animali domestici, non aveva provveduto a disporre nulla in merito al fine di limitare la pericolosità dell'insidia. La Corte afferma la responsabilità dell'assessore alla cultura in quanto riveste una posizione di garanzia in merito alla corretta gestione del patrimonio comunale ma si esclude l'aggravante della violazione della normativa antinfortunistica: è necessario che nell'accadimento si sia manifestato il rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare e nel caso di specie il rischio concretizzatosi non è un rischio lavorativo.

⁵² La sentenza in oggetto trae origine da due ricorsi presentati avverso la decisione di secondo grado con la quale la Corte d'appello di Venezia aveva confermato la condanna in primo grado per gli imputati, nella loro rispettiva qualità di datore di lavoro (legale rappresentante della società) e responsabile del servizio di prevenzione e protezione (r.s.p.p.), per il reato di omicidio colposo con violazione delle norme antinfortunistiche commesso ai danni di una lavoratrice. La vittima era addetta all'analisi di campioni di materiale vetroso accatastati nel piazzale

Ciò che si evidenzia è l'importanza di un'attenta analisi del rischio che si concretizza, ai fini dell'attribuzione di responsabilità a titolo omissivo alla luce dell'indissolubile legame tra l'individuazione dei garanti responsabili e i meccanismi di gestione dei rischi all'interno delle organizzazioni complesse.⁵³

Il concetto di rischio, affine ma non coincidente con quello di pericolo, ha conosciuto un recente tentativo definitorio da parte del legislatore nel D. Lgs. n. 81 del 9 aprile 2008, appunto in materia di salute e sicurezza dell'ambiente di lavoro: esso è descritto alla lettera s) come la *“probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione”*.

Mentre il pericolo attiene alla potenzialità intrinseca di un fattore alla causazione di danni⁵⁴, il rischio consiste nella "probabilità di un danno come conseguenza di una decisione"⁵⁵: l'utilizzo, l'esposizione o la combinazione di fattori o agenti, già di per sé pericolosi, è chiaramente il frutto di una determinazione che, specie in materia antinfortunistica, si connota per un ineliminabile margine di rischio. Nell'ambito delle attività lavorative il concetto di rischio coinvolge, in quanto beni giuridici minacciati, la salute e la sicurezza dei lavoratori, la loro integrità fisica nonché la loro personalità morale.

Così, affinché il garante, a cui è affidata la tutela dei suddetti beni, possa efficacemente proteggerli e neutralizzare le fonti di pericolo a cui sono esposti,

dell'azienda. Durante il prelevamento di tali campioni, la lavoratrice veniva travolta da un collega alla guida di una pala meccanica. Nei giudizi di merito è stato accertato che l'infortunio era dipeso dalle gravi carenze organizzative, relative in particolare alla viabilità interna al piazzale dell'azienda. Quell'area era, infatti, adibita al transito di mezzi meccanici e, contestualmente, era anche il luogo ove si svolgeva attività di campionatura. Tali condizioni determinavano un forte rischio di interferenza tra pedoni e mezzi, aggravato dalla circostanza che le zone di lavoro di rispettiva pertinenza non erano delimitate e segnalate.

⁵³ Riflessioni in tal senso sono compiute da MINNELLA in *Infortunati sul lavoro e confini sulla posizione di garanzia* (www.penalecontemporaneo.it) a commento dell'ultima sentenza citata.

⁵⁴ Art. 2 d.lgs.81/2008 lett.r) : *“pericolo”*: *proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni*

⁵⁵ LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996, citato in MINNELLA, *Infortunati sul lavoro e confini sulla posizione di garanzia*.

prevenendo il rischio infortuni, si renderà necessaria una meticolosa valutazione e gestione dei rischi.

Questo trova conferma nella previsione, all'interno della legislazione prevenzionistica, della "valutazione dei rischi" come presupposto cardine alle misure generali di tutela (artt. 15 e 28 d. lgs. 81/2008).

Più analiticamente si prevede un'attività di "risk assessment", che consiste nella valutazione di quelli che sono i pericoli, per la salute e l'igiene dei lavoratori presenti all'interno dell'azienda, la cui concretizzazione potrebbe dar luogo al configurarsi dei delitti di omicidio colposo o lesioni personali colpose e, successivamente a questa, si richiede la creazione di un adeguato sistema di gestione del rischio (c.d. "risk management").

Gestione che comporta la predisposizione di adeguate misure di prevenzione e protezione, il rispetto di tutti gli standard tecnico-strutturali di legge relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, eventuale impiego di agenti chimici, fisici o biologici, la predisposizione di articolazioni aziendali che partecipino, ciascuna per il proprio ruolo e competenze, al rispetto della sicurezza del luogo di lavoro e infine il coinvolgimento e la sensibilizzazione dei lavoratori, attraverso la fase di informazione e formazione degli stessi.⁵⁶

Il rischio, dunque, sia pur inteso come categoria unitaria, si declina diversamente a seconda delle differenti aree lavorative a cui corrispondono distinte sfere di responsabilità che quel rischio sono chiamati a governare.

Questo accede soprattutto nei contesti lavorativi più complessi, in cui la tendenza è alla differenziazione di figure incaricate di compiti gestionali autonomi in modo da configurare, sul piano dell'imputazione oggettiva, distinte sfere di responsabilità.

La sfera di rischio, quindi, come "area che designa l'ambito in cui si esplica l'obbligo di governare le situazioni pericolose che conforma l'obbligo del garante."⁵⁷

⁵⁶ In maniera approfondita LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione* in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di) *il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

⁵⁷ Cassazione Penale, Sezioni Unite, 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343. Sentenza ThyssenKrupp.

In altre parole, individuare correttamente il rischio che in concreto il garante è chiamato a gestire significa definire altrettanto correttamente i confini della sua posizione di garanzia: la verifica dell'infortunio rispecchia sempre, fisiologicamente, un rischio ben preciso, sicché a risponderne sarà solo il garante a cui era stato affidato quel fattore di rischio che si è trasfuso nell'evento. Tuttavia, sarebbe ingenuo pensare che le sfere di competenza e responsabilità siano separate da linee nette, se solo consideriamo la complessità e l'intreccio degli obblighi che spesso coinvolgono diverse figure e diversi soggetti nella gestione del rischio ci accorgiamo del grado di difficoltà che connota l'attribuzione della responsabilità ad un soggetto piuttosto che ad un altro.

Ciò nonostante, la personalizzazione dell'imputazione dell'illecito esige una risposta che va accuratamente cercata nell'individuazione di ogni singola responsabilità omissiva.

Operazione quest'ultima che passa attraverso l'analisi dei ruoli, competenze e poteri in concreto attribuiti e/o esercitati nell'ambito dell'organizzazione; a voler usare lo schema proposto dalle Sezioni Unite nel noto caso ThyssenKrupp nell'individuazione del garante/gestore *“occorre partire dall'identificazione del rischio che si è concretizzato, del settore, in orizzontale, e del livello, in verticale, in cui si colloca il soggetto che era deputato al governo del rischio stesso, in relazione al ruolo che questi rivestiva.”*

Rinviando al paragrafo successivo una trattazione più approfondita del complesso dei poteri-doveri inerenti alla posizione di garanzia del datore di lavoro, pare doveroso accennare agli altri “gestori del rischio” su cui tradizionalmente è fondato il sistema prevenzionistico, seppur dotati di poteri organizzativi e gestori più limitati, il cui ambito circoscrive le loro rispettive responsabilità.

Mentre il datore di lavoro è garante primario della sicurezza del lavoratore in quanto titolare di un rapporto di lavoro o comunque dominus di fatto dell'organizzazione dell'attività lavorativa, ad un livello intermedio si colloca la figura del dirigente, identificato, ai sensi dell'art.2 comma 1 lettera d), *“nella persona che in ragione delle competenze professionali e di poteri gerarchici e funzionali adeguati alla natura dell'incarico conferitogli, attua le direttive del*

datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando sulla stessa". Questo è una sorta di *longa manus* del datore di lavoro e per ciò gravato da importanti obblighi, che trovano una dettagliata elencazione all'articolo 18 del decreto legislativo 81 del 2008, per citarne alcuni: fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale, affidare i compiti ai lavoratori tenendo conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla loro sicurezza, adottare le misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza.

Ad un livello più basso si colloca, infine, il preposto, definito, ai sensi dell'articolo 2 comma 1 lettera e), come quella *"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 d'iniziativa"*; gli obblighi di questo sono enumerati all'articolo 19 del d.lgs (per fare qualche esempio: obbligo di sovrintendere e vigilare sull'attività dei singoli lavoratori, informare i lavoratori dell'esistenza di un pericolo grave, segnalare al datore di lavoro eventuali deficienze dei mezzi e delle attrezzature di lavoro, frequentare appositi corsi di formazione).

Sia nel caso del dirigente, che nel caso del preposto, è chiaro il dato letterale della norma che circoscrive il loro ambito di gestione del rischio e conseguentemente la loro eventuale responsabilità ai poteri di gestione e di controllo di cui concretamente dispongono: i poteri gerarchici e funzionali attribuiti costituiscono al tempo stesso base e limite della loro responsabilità.

Un discorso a parte merita la figura del responsabile del servizio di prevenzione e protezione che attenendoci al tenore letterale della norma di cui all'articolo 2 comma 1, lett.f) è un *"consulente del datore di lavoro, da questi designato, ai fini della valutazione dei rischi aziendali e della previsione di un idoneo piano di intervento per eliminarli o ridurli al minimo."*

Con la sua nomina, si potrebbe dire che, il datore di lavoro costituisca il suo *alter ego* sul piano delle competenze e conoscenze scientifiche attinenti all'attività d'impresa.

Sull'argomento si pone un dubbio teorico concernente la possibilità di individuare o meno in capo a questa figura una posizione di garanzia.

Autorevole dottrina⁵⁸ lo ha escluso per due ordini di motivi: in primis il garante dovrebbe avere poteri impeditivi, invece, molto spesso il RSPP è un soggetto estraneo all'azienda, un mero consulente; in secondo luogo non risulta essere prevista nessuna sanzione penale contravvenzionale.

Questa conclusione non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza, la quale sostiene che la procedura di governo del rischio si inserisca in un contesto cooperativo e quando il comportamento di un agente inceppa questo procedimento corale ne implica la responsabilità.⁵⁹

⁵⁸ In tal senso MANTOVANI e LEONCINI.

⁵⁹ Cass., sez. IV, 15.07.2010, n 32195 : il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, pur in assenza di una previsione normativa di sanzioni penali a suo specifico carico, può essere ritenuto responsabile, in concorso con il datore di lavoro od anche a titolo esclusivo, del verificarsi di un infortunio, ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere che alla segnalazione avrebbe fatto seguito l'adozione da parte del datore di lavoro, delle idonee iniziative atte a neutralizzare tale situazione.

1.4. Le fonti normative in relazione alle quali è possibile ricostruire il complesso di poteri-doveri inerenti alla posizione di garanzia del datore di lavoro.

Sulla scia di una politica di “pan-responsabilizzazione”⁶⁰, in materia di salute e sicurezza sul lavoro, il datore di lavoro viene caricato di imponenti ed innumerevoli obblighi che si pongono ad oggetto di una posizione di garanzia fortemente pervasiva.

Preliminarmente è bene chiarire la figura di datore di lavoro che troviamo definita all’articolo 2, comma 1, lettera b) del D.Lgs. 81 del 2008, alla stregua del quale qualificiamo datore di lavoro quel “*soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che secondo il tipo e l’assetto dell’organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell’organizzazione stessa o dell’unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa.[..]*”⁶¹

⁶⁰ MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.* 2011, cit.

⁶¹ La norma prosegue definendo in dettaglio il datore di lavoro nelle pubbliche amministrazioni nel modo che segue: “*Nelle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest’ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall’organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell’ubicazione e dell’ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l’attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l’organo di vertice medesimo*”. Sotto l’impero della normativa previgente si era già consolidata la netta distinzione tra vertice politico, titolare della funzione di governo e di indirizzo, con competenza precipua nella definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare, e dirigenza amministrativa, qualificabile come datore di lavoro perché in possesso di autonomi poteri di organizzazione e spesa. Questa impostazione, che il linea di principio esclude dalla posizione d’obbligo i vertici politici delle P.A. viene sostanzialmente riconfermata dal d.lgs. 81/2008. Vi è però un punto di novità: la precisazione che nel caso di omessa individuazione del dirigente o di individuazione non conforme ai criteri di effettività dei poteri indicati dalla legge, il datore di lavoro coincide con l’organo di vertice, ossia con il vertice

Si tratta di una definizione bifronte che fa discendere la nozione di datore di lavoro, alternativamente, da un criterio formale, ossia la titolarità di un rapporto di lavoro, o da un criterio funzionale-effettuale, ossia la responsabilità dell'organizzazione dell'attività lavorativa attraverso l'esercizio di poteri decisionali e di spesa.

Dunque la figura del datore di lavoro è ancorata non soltanto alla titolarità formale del rapporto di lavoro ma altresì all'effettivo svolgimento dei poteri gestionali.

Questa attenzione più marcatamente sostanzialistica si riflette in diverse norme del d.lgs. 81/2008 e trova un'importante conferma nell'articolo 299 del già citato decreto che sancisce un principio di prevalenza della sostanza sulla forma, attribuendo la posizione di garanzia anche a colui che, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti ai soggetti garanti *ex lege*, ricorrendo, ai fini di una corretta valutazione, ai criteri della continuità e della significatività dell'esercizio dei poteri tipici, dettati all'articolo 2639 c.c..⁶²

politico. Inoltre l'organo apicale rimane soggetto responsabile se, informato delle deficienze non provvede o in caso di interventi impegnativi di spesa non consentiti al dirigente di settore. Su di esso residua sempre una posizione di obbligo di natura vicaria. Sul punto GIUNTA, *Il datore di lavoro* ne "Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro", GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), Milano 2010.

⁶² In senso critico rispetto al ricorso ai criteri di cui all'art. 299 per individuare l'eventuale garante di fatto in materia prevenzionistica: MICHELETTI, in *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *riv. Trim.dir. pen.econ.* 2011. L'autore sostiene l'esistenza di differenze non trascurabili tra le due clausole estensive: l'articolo 2639 c.c. è destinato ad operare in contesti tipici e ben definiti quali le società commerciali dove oltre all'*intraneus* di fatto deve esserci sempre, per definizione, l'*intraneus* di diritto. Questo spiega il fine della norma: ossia quello di svelare una *fictio iuris* equiparando la posizione formale assunta da un soggetto non qualificato a quella rivestita dal titolare incaricato, in ragione della loro coincidenza funzionale. L'articolo 299 del d.lgs.81 del 2008- sempre secondo l'autore- ha una più radicale funzione costitutiva e si presta a riqualificare in termini giuridici il rapporto sostanziale. Dunque per accertare l'esistenza di una tale situazione fattuale, sarebbe opportuno non tanto fare riferimento agli indici di cui all'articolo 2639 c.c., quanto piuttosto agli "elementi sintomatici della subordinazione": eterodirezione, autonomia di orario, giustificazione dell'assenza, disponibilità degli strumenti di lavoro, esistenza di tecniche direttive, esercizio del potere disciplinare, etc.. Sono questi gli indici

In merito a tale previsione normativa la IV sezione penale della Corte di Cassazione, con una sentenza del marzo 2012 ha precisato che *“Con l'art. 299, il legislatore ha cioè codificato il principio di effettività, elaborato dalla giurisprudenza, al fine di individuare i titolari della posizione di garanzia, secondo un criterio di ordine sostanziale. Invero, il principio funzionalistico, in base al quale occorre fare riferimento alle mansioni disimpegnate in concreto e non alla qualificazione astratta del rapporto, è stato affermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sin dal 1992 e tale teoria è stata seguita in maniera costante dalla giurisprudenza successiva”*.

“Le Sezioni Unite”, ha ribadito ancora la suprema Corte, *“hanno, infatti, chiarito che l'individuazione dei destinatari degli obblighi posti dalle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro e sull'igiene del lavoro deve fondarsi non già sulla qualifica rivestita, bensì sulle funzioni in concreto esercitate, che prevalgono, quindi, rispetto alla carica attribuita al soggetto, ossia alla sua funzione formale”*.

Come è noto, lo sviluppo delle tecnologie e la crescente meccanizzazione dell'attività produttiva hanno aumentato le occasioni di rischio connesse all'uso di congegni tecnici: i macchinari e le sostanze pericolose sono solo due tra le tante fonti di pericolo a cui risultano esposte la salute e la sicurezza dei lavoratori che versano in una situazione di particolare vulnerabilità, data la pertinenza della fonte alla sfera giuridica del garante e la conseguente impossibilità di autoprotettersi adeguatamente se non per mezzo di un'ingerenza dell'altrui sfera giuridica.

È, infatti, il garante che detiene quei poteri di signoria, disposizione e organizzazione che gli consentono di arginare i rischi e neutralizzare i pericoli che, per l'intrinseca natura dell'attività produttiva svolta, minacciano gli altrui beni giuridici.

Ciò che fonda, a priori e in termini sostanziali, la posizione di garanzia del datore di lavoro è la consistenza materiale del vincolo di subordinazione e di eterodirezione.

dell'esistenza di un vincolo sostanziale di subordinazione tale da giustificare un corrispondente rapporto di signoria a scopo protettivo che sta alla base di una posizione di garanzia.

L'instaurarsi di tale vincolo e il suo successivo concretizzarsi nella realtà espone il lavoratore a rischi per la propria incolumità fisica derivanti dal dovere di agire in un ambiente, a condizioni e ritmi che non sono da lui direttamente dominabili. A questa esposizione-vulnerabilità corrisponde la predominanza-dominabilità, sia materiale che giuridica, del datore di lavoro: questo giustifica la posizione di garanzia che l'ordinamento, in ossequio ad un principio compensativo-solidaristico, fa gravare sul datore di lavoro al fine di salvaguardare i beni giuridici dei terzi.⁶³

Si tratta di una posizione di garanzia riconducibile alla categoria della posizione di controllo su fonti di pericolo la cui violazione degli obblighi da essa derivanti potrà integrare alternativamente:

- a) un reato di pura omissione, come accade nei casi previsti dall'articolo 437 c.p.(omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro) ovvero dall'articolo 451 c.p. (omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro);
- b) un reato di omesso impedimento dell'evento, in virtù dell'innesto dell'articolo 40 cpv sulle singole fattispecie incriminatrici di parte speciale, qualora dall'inosservanza derivi un evento lesivo (ad esempio: omicidio colposo o lesioni personali colpose, *ex* artt.589 e 590 c.p.).

Quanto alle fonti dell'obbligo giuridico di impedire l'evento, sicuramente la normativa che descrive gli obblighi del datore di lavoro conferisce determinatezza all'illecito colposo e soddisfa il principio di legalità, ma non esaurisce tutte le possibili prescrizioni atte a governare compiutamente rischi vari e complessi e abbisogna di una continua integrazione di fronte al progresso scientifico e tecnologico.

Ciascun garante dovrà analizzare i rischi specifici connessi alla propria attività e adeguare la normativa, dall'impronta generalizzante, alle caratteristiche della propria impresa.

⁶³ MICHELETTI, *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. Trim. dir. pen. Econ.* 2011, cit.

1.4.1. L'articolo 2087 del codice civile: da fonte primaria dell'obbligo di garanzia del datore di lavoro a precetto sussidiario e di chiusura del sistema prevenzionistico.

Imponendo un obbligo generale di sicurezza, l'art. 2087 c.c. sancisce il carattere assoluto e indisponibile dell'integrità fisica del lavoratore che non può essere sacrificata in nome di un bilanciamento di interessi rispetto alle finalità economiche della produzione.

In forza del suddetto articolo *“l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”*.

L'articolo, la cui rilevanza penale è mutata nel tempo conseguentemente ad un evoluzione della normativa di settore, è stato tradizionalmente ritenuto la fonte generale dell'obbligo gravante in capo al datore di lavoro: esso ha rappresentato il referente normativo su cui poter fondare la posizione di garanzia del datore di lavoro e, dunque, la ragione giuridica dell'inesco del meccanismo di equivalenza tra il non impedire e il cagionare l'evento infortunio, previsto all'articolo 40 capoverso del codice penale.

Il mutamento del suo ruolo può essere ricostruito ripercorrendo tre fondamentali passaggi evolutivi del diritto penale del lavoro.⁶⁴

In un primo periodo, durato fino alla metà degli anni Cinquanta, l'articolo 2087 c.c. ha rappresentato la fonte e il principale parametro di valutazione del dovere di diligenza incombente sul datore di lavoro nel campo della sicurezza.

Esso costituiva un riferimento normativo su cui fondare la regola cautelare che si contestava al garante di aver trasgredito, la cui violazione avrebbe originato un'ipotesi di colpa generica derivante dall'inosservanza di regole non formalizzate ma desunte dalla particolarità del lavoro svolto, dall'esperienza e dalla tecnica.

⁶⁴ Per tale ricostruzione si veda approfonditamente MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro* in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

A partire dalla metà degli anni cinquanta, invece, la copiosa legislazione prevenzionistica aveva generato una “fisiologica concorrenza” tra ipotesi di colpa specifica (fondate su regole cautelari positivizzate) e ipotesi di colpa generica (desunte dall’articolo 2087 c.c.).

Questo aveva finito per conferire all’articolo in esame una mera funzione di chiusura e di promozione del sistema prevenzionistico.

Un tale restringimento del suo ambito di rilevanza penale si accentua con l’avvento della riforma della sicurezza sul lavoro operata con d.lgs. 626 del 1994, quando l’applicazione dell’articolo 2087 c.c. viene ridotta a mera ipotesi teorica sussidiaria senza alcun margine reale di operatività residuale.

Il legislatore della riforma aveva voluto, infatti, imporre, all’interno di ciascuna impresa, una specifica valutazione dei rischi da parte del datore di lavoro con conseguente adozione di un modello prevenzionistico.

Il documento di valutazione dei rischi, se correttamente formulato, unitamente alla disciplina di settore applicabile all’impresa, esaurisce le regole cautelari prevenzionistiche cui l’imprenditore deve attenersi.

Tuttavia, nonostante l’incidenza della norma nel diritto penale si è andata progressivamente riducendo fino quasi ad esaurirsi, resta tutt’oggi, un’importante valenza interpretativa dell’art. 2087 c.c.

Secondo alcuni interpreti la norma sancirebbe il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile, in virtù del quale il datore di lavoro avrebbe il dovere di allineare il proprio assetto produttivo e organizzativo ai migliori e più elevati standard di sicurezza raggiunti dal progresso scientifico e tecnologico. L’articolo andrebbe a fondare, così, un vero e proprio obbligo di aggiornamento scientifico in capo al datore di lavoro.

Altri studiosi ritengono, invece, che nell’articolo 2087 c.c. vada letto il principio della massima sicurezza ragionevolmente praticabile che sancisce il dovere del datore di lavoro di uniformarsi agli standard cautelari generalmente attuati nello specifico settore industriale in cui opera, a prescindere dalla loro coincidenza con gli ultimi accorgimenti messi a punto dalla scienza e dalla tecnica.

La norma del codice civile, dunque, non comprende descrizioni di dettaglio, come quelle rinvenibili nelle varie leggi organiche previste in materia

antinfortunistica, ma “consolida” il generale obbligo che fa capo al datore di lavoro di adottare le misure idonee ad impedire che l’evento si verifichi.

Tuttavia, occorre prendere le distanze da un utilizzo troppo disinvolto della norma in questione che finirebbe per configurare ampie zone di responsabilità oggettiva o per fatto altrui occulta.

Il suo utilizzo nel ruolo di fonte della posizione di garanzia e allo stesso tempo di fonte di regole cautelari spesso si risolve in una sostanziale elusione, sul piano dell’accertamento giudiziale, della puntuale verifica della corrispondenza tra fatto storico e fatto tipico e della sussistenza del nesso causale e della colpa⁶⁵. Non è certamente sufficiente invocare l’articolo 2087 c.c. per sancire l’eventuale responsabilità del datore di lavoro per omesso impedimento dell’evento perché, coerentemente a quanto detto all’inizio di questa trattazione, è necessaria, ai fini dell’imputazione oggettiva del fatto di reato, la sussistenza di specifici obblighi di agire e un’effettiva corrispondenza tra questi e i poteri impeditivi.

Solo in questo caso l’ordinamento potrà avanzare una legittima pretesa nei confronti del datore di lavoro all’impedimento dell’evento lesivo.

L’articolo si limita ad individuare il soggetto obbligato e i destinatari della tutela ma si connota per un’elevata genericità degli obblighi che non risponde alle istanze di specificità proprie del principio di legalità-tassatività.

Oggi, gli articoli 15 e seguenti del d.lgs. 81/2008 specificano ed esplicitano la generale clausola codicistica, elencando dettagliatamente una serie di misure generali di tutela e di obblighi che di fatto contribuiscono a definire i confini dell’azione doverosa del garante.

⁶⁵ Sulla tendenza giurisprudenziale all’estensione della responsabilità per omesso impedimento dell’evento si veda LEONCINI, *L’obbligo di impedire l’evento* in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano 2010.

1.4.2. Gli obblighi di sicurezza che fanno capo al datore di lavoro alla luce del decreto legislativo 81 del 2008.

In ossequio al principio di legalità sancito all'articolo 25 della Costituzione nella ricostruzione della posizione di garanzia del datore di lavoro dobbiamo ricercare i suoi poteri-doveri giuridici all'interno di fonti formali.

Quindi, oltre all'articolo 2087 del codice civile e alle disposizioni contrattuali e della disciplina interna all'azienda, non possiamo non soffermare la nostra attenzione, nell'ambito delle disposizioni del testo unico in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, sulle norme che espressamente disciplinano gli obblighi del datore di lavoro riempiendo di contenuto la sua posizione di garanzia.

Viene, in primo luogo in rilievo, l'art. 17 del decreto, il quale individua tassativamente gli obblighi non delegabili del datore di lavoro e più precisamente:

“a) la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28;

b) la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.”

Il terzo obbligo non delegabile, ovverosia quello di vigilanza, viene ricavato, poi, dall'articolo immediatamente precedente che al comma terzo espressamente prevede che *“La delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite.”*; mutando, in questo caso, il contenuto della situazione d'obbligo del datore di lavoro: da obbligo di adempiere personalmente a obbligo di vigilanza sull'attività del delegato.

Accanto a questi obblighi che devono essere adempiuti inderogabilmente dal datore di lavoro in persona, l'articolo 18⁶⁶ ne contiene un elenco meticoloso e li

⁶⁶ 1. Il datore di lavoro, che esercita le attività di cui all'articolo 3, e i dirigenti, che organizzano e dirigono le stesse attività secondo le attribuzioni e competenze ad essi conferite, devono:

a) nominare il medico competente per l'effettuazione della sorveglianza sanitaria nei casi previsti dal presente decreto legislativo.

b) designare preventivamente i lavoratori incaricati dell'attuazione delle misure di prevenzione incendi e lotta antincendio, di evacuazione dei luoghi di lavoro in caso di pericolo grave e immediato, di salvataggio, di primo soccorso e, comunque, di gestione dell'emergenza;

-
- c) nell'affidare i compiti ai lavoratori, tenere conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza;
- d) fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale, sentito il responsabile del servizio di prevenzione e protezione e il medico competente, ove presente;
- e) prendere le misure appropriate affinché soltanto i lavoratori che hanno ricevuto adeguate istruzioni e specifico addestramento accedano alle zone che li espongono ad un rischio grave e specifico;
- f) richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione;
- g) inviare i lavoratori alla visita medica entro le scadenze previste dal programma di sorveglianza sanitaria e richiedere al medico competente l'osservanza degli obblighi previsti a suo carico nel presente decreto;
- g bis) nei casi di sorveglianza sanitaria di cui all'articolo 41, comunicare tempestivamente al medico competente la cessazione del rapporto di lavoro;
- h) adottare le misure per il controllo delle situazioni di rischio in caso di emergenza e dare istruzioni affinché i lavoratori, in caso di pericolo grave, immediato ed inevitabile, abbandonino il posto di lavoro o la zona pericolosa;
- i) informare il più presto possibile i lavoratori esposti al rischio di un pericolo grave e immediato circa il rischio stesso e le disposizioni prese o da prendere in materia di protezione;
- l) adempiere agli obblighi di informazione, formazione e addestramento di cui agli articoli 36 e 37;
- m) astenersi, salvo eccezione debitamente motivata da esigenze di tutela della salute e sicurezza, dal richiedere ai lavoratori di riprendere la loro attività in una situazione di lavoro in cui persiste un pericolo grave e immediato;
- n) consentire ai lavoratori di verificare, mediante il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, l'applicazione delle misure di sicurezza e di protezione della salute;
- o) consegnare tempestivamente al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, su richiesta di questi e per l'espletamento della sua funzione, copia del documento di cui all'articolo 17, comma 1, lettera a), anche su supporto informatico come previsto dall'articolo 53, comma 5, nonché consentire al medesimo rappresentante di accedere ai dati di cui alla lettera r); il documento è consultato esclusivamente in azienda;
- p) elaborare il documento di cui all'articolo 26, comma 3, anche su supporto informatico come previsto dall'articolo 53, comma 5, e, su richiesta di questi e per l'espletamento della sua funzione, consegnarne tempestivamente copia ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza. Il documento è consultato 23 ai sensi del comma 2 dell'art 306 "Le disposizioni di cui agli articoli 17, co. 1, lett. a), e 28, nonché le altre disposizioni in tema di valutazione dei rischi che ad esse rinviano, ivi comprese le relative disposizioni sanzionatorie, previste dal presente decreto, diventano efficaci a decorrere dal 01/01/09; fino a tale data continuano a trovare applicazione le disposizioni previgenti;
- q) prendere appropriati provvedimenti per evitare che le misure tecniche adottate possano causare rischi per la salute della popolazione o deteriorare l'ambiente esterno verificando periodicamente la perdurante assenza di rischio;
- r) comunicare in via telematica all'INAIL e all'IPSEMA, nonché per loro tramite, al sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro di cui all'articolo 8, entro 48 ore dalla ricezione del certificato medico, a fini statistici e informativi, i dati e le informazioni relativi agli infortuni sul lavoro che comportino l'assenza dal lavoro di almeno un giorno, escluso quello dell'evento e, a fini assicurativi, quelli relativi agli infortuni sul lavoro che comportino un'assenza al lavoro superiore a tre giorni; l'obbligo di comunicazione degli infortuni sul lavoro che comportino un'assenza dal lavoro superiore a tre giorni si considera comunque assolto per mezzo della denuncia di cui all'articolo 53 del testo unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124;
- s) consultare il rappresentante dei lavoratori per la sicurezza nelle ipotesi di cui all'articolo 50;
- t) adottare le misure necessarie ai fini della prevenzione incendi e dell'evacuazione dei luoghi di lavoro, nonché per il caso di pericolo grave e immediato, secondo le disposizioni di cui

distribuisce tra il datore di lavoro e il dirigente, sia pur, con riferimento a quest'ultimo, nei limiti segnati dalle attribuzioni e dalle competenze ad esso conferite.

Solo da uno studio complessivo di queste norme potrà definirsi con chiarezza e precisione la posizione di garanzia del datore di lavoro e la conseguente configurabilità a suo carico di una responsabilità penale per omesso impedimento del fatto.

all'articolo 43. Tali misure devono essere adeguate alla natura dell'attività, alle dimensioni dell'azienda o dell'unità produttiva, e al numero delle persone presenti;

u) nell'ambito dello svolgimento di attività in regime di appalto e di subappalto, munire i lavoratori di apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro²⁴;

v) nelle unità produttive con più di 15 lavoratori, convocare la riunione periodica di cui all'articolo 35;

z) aggiornare le misure di prevenzione in relazione ai mutamenti organizzativi e produttivi che hanno rilevanza ai fini della salute e sicurezza del lavoro, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica della prevenzione e della protezione;

aa) comunicare in via telematica all'INAIL e all'IPSEMA, nonché per loro tramite, al sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro di cui all'articolo 8, in caso di nuova elezione o designazione, i nominativi dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza; in fase di prima applicazione l'obbligo di cui alla presente lettera riguarda i nominativi dei rappresentanti dei lavoratori già eletti o designati;

bb) vigilare affinché i lavoratori per i quali vige l'obbligo di sorveglianza sanitaria non siano adibiti alla mansione lavorativa specifica senza il prescritto giudizio di idoneità. 1-bis. L'obbligo di cui alla lettera r) del comma 1, relativo alla comunicazione a fini statistici e informativi dei dati relativi agli infortuni che comportano l'assenza dal lavoro di almeno un giorno, escluso quello dell'evento, decorre dalla scadenza del termine di sei mesi dall'adozione del decreto di cui all'articolo 8, comma 4.

2. Il datore di lavoro fornisce al servizio di prevenzione e protezione ed al medico competente informazioni in merito a: a) la natura dei rischi; b) l'organizzazione del lavoro, la programmazione e l'attuazione delle misure preventive e protettive; c) la descrizione degli impianti e dei processi produttivi; d) i dati di cui al comma 1, lettera r) e quelli relativi alle malattie professionali; e) i provvedimenti adottati dagli organi di vigilanza.

3. Gli obblighi relativi agli interventi strutturali e di manutenzione necessari per assicurare, ai sensi del presente decreto legislativo, la sicurezza dei locali e degli edifici assegnati in uso a pubbliche amministrazioni o a pubblici uffici, ivi comprese le istituzioni scolastiche ed educative, restano a carico dell'amministrazione tenuta, per effetto di norme o convenzioni, alla loro fornitura e manutenzione. In tale caso gli obblighi previsti dal presente decreto legislativo, relativamente ai predetti interventi, si intendono assolti, da parte dei dirigenti o funzionari preposti agli uffici interessati, con la richiesta del loro adempimento all'amministrazione competente o al soggetto che ne ha l'obbligo giuridico.

3-bis. Il datore di lavoro e i dirigenti sono tenuti altresì a vigilare in ordine all'adempimento degli obblighi di cui agli articoli 19, 20, 22, 23, 24 e 25, ferma restando l'esclusiva responsabilità dei soggetti obbligati ai sensi dei medesimi articoli qualora la mancata attuazione dei predetti obblighi sia addebitabile unicamente agli stessi e non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore di lavoro e dei dirigenti

CAPITOLO II

ACCERTAMENTO DEL NESSO CAUSALE TRA CONDOTTA DEL DATORE DI LAVORO E EVENTO

SOMMARIO: 2.1. Teoria condizionalistica e giudizio ipotetico controfattuale nell'ambito della causalità omissiva. – 2.2. Quando l'evento è un infortunio sul lavoro o una malattia professionale: erosione da parte della giurisprudenza del paradigma causale. – 2.3. La teoria dell'aumento del rischio e l'imputazione oggettiva dell'evento. – 2.4. La rilevanza causale della condotta illecita del lavoratore: i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità e dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo. – 2.4.1. I rischi di una responsabilità oggettiva o per fatto altrui occulta. – 2.5. L'accertamento causale in caso di esposizione a sostanze tossiche. – 2.5.1. Ipotesi di patologia monofattoriale: asbestosi. – 2.5.2. Ipotesi di patologie multifattoriali: tumore polmonare e mesioteloma pleurico. – 2.5.3. Il ricorso alla categoria delle concause. – 2.5.4. Possibili vie d'uscita: a) contestazione del delitti di cui agli artt. 434 e 437 c.p. (reati contro l'incolumità pubblica); b) tesi di Masera: le evidenze epistemologiche sono sufficienti per pervenire alla condanna per omicidio o per lesioni personali.

2.1. Teoria condizionalistica e giudizio ipotetico controfattuale nell'ambito della causalità omissiva.

Accertare la sussistenza di un legame eziologico tra la condotta (sia essa attiva ovvero omissiva) e l'evento costituisce un passaggio imprescindibile ai fini dell'elaborazione di un giudizio di responsabilità.

L'esigenza di un nesso causale tra l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, e l'azione o l'omissione del reo è espressamente riconosciuta al primo comma dell'articolo 40 del codice penale, rubricato "Rapporto di causalità".

Causalità che, dunque, assurge a criterio d'imputazione oggettiva del fatto al soggetto.

A questo punto, è importante capire alla stregua di quali parametri si possa considerare la condotta "causa" dell'evento lesivo.

Su tale domanda si è a lungo interrogata la dottrina penalistica che ha elaborato prima, e affinato e corretto poi, la teoria condizionalistica.

Prendendo spunto da una celebre frase di Hume: *“una causa è un oggetto seguito da un altro, dove se il primo non ci fosse stato, il secondo non sarebbe mai esistito”*⁶⁷.

In altre parole è causa ogni condizione dell’evento, ogni antecedente senza il quale l’evento non si sarebbe verificato.

O ancora, più precisamente, a voler citare la celeberrima sentenza Franzese, la cui evocazione è indispensabile sul tema, è causa penalmente rilevante *“la condotta umana, attiva o omissiva, che si pone come condizione necessaria – condicio sine qua non – nella catena degli antecedenti che hanno concorso a produrre il risultato, senza la quale l’evento da cui dipende l’esistenza del reato non si sarebbe verificato”*.

La teoria condizionalistica, mediante un procedimento di eliminazione mentale costruito nella forma di un periodo ipotetico dell’irrealtà “se...allora...”, impone al giudice penale la formulazione di un giudizio controfattuale volto a verificare che l’azione sia o meno *condicio sine qua non* secondo la c.d. “doppia formula”:

a) la condotta è condizione necessaria dell’evento se, eliminata mentalmente dal novero dei fatti realmente accaduti, l’evento non si sarebbe verificato;

b) la condotta umana non è causa dell’evento se, eliminata mentalmente attraverso il medesimo procedimento, l’evento si sarebbe verificato ugualmente.

Tuttavia non è mancato, in dottrina, chi ha obiettato che l’impiego di una siffatta formula non è di per sé risolutivo laddove non si conoscano a monte le leggi causali che presiedono alla successione degli eventi, evidenziandone così la limitata efficacia euristica.⁶⁸

⁶⁷ Citato da STELLA in ALESSANDRI (a cura di), *Diritto penale dell’impresa, materiali per lo studio*, Torino, 2007.

⁶⁸sulle insufficienze della tradizionale teoria condizionalistica si veda più approfonditamente FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale-parte generale*; STELLA, *Le obiezioni contro l’uso del concetto di condizione necessaria in Diritto penale dell’impresa, materiali per lo studio*, ALESSANDRI (a cura di), Torino, 2007. L’autore fa riferimento a quell’orientamento che nega l’utilità del concetto di condizione necessaria e propone di rinunciare al suo impiego, ritenendo

Qualora non si sappia in anticipo quale sia o se vi sia un rapporto di derivazione tra determinati antecedenti e determinati conseguenti, l'operazione di eliminazione mentale non condurrebbe ad un risultato valido e la formula della *condicio sine qua non* diverrebbe una mera formula "vuota".

È di tutta evidenza, dunque, l'insufficienza della teoria condizionalistica pura. Così, escluso il metodo "individualizzante" di spiegazione causale, che vorrebbe limitare l'accertamento all'individuazione di una connessione tra eventi singoli e concreti finendo per affidarsi all'intuizione del giudice, Federico Stella propone un metodo "generalizzante" di sussunzione sotto leggi scientifiche. Non dunque generalizzazioni create e formulate *ad libitum* dal giudice ma generalizzazioni causali che siano il prodotto di indagini compiute nel rigoroso rispetto del metodo scientifico.⁶⁹

È bene chiarire, tuttavia, che il metodo in questione non intende operare un accertamento del nesso causale che prescindendo totalmente dall'*hic et nunc*, ma vuole, più propriamente, ancorare l'evento concreto a leggi generali esplicative di un rapporto di successione regolare tra gli accadimenti attraverso una ridefinizione dell'evento stesso in modo da metterne in luce gli aspetti tipici e ripetibili, che in quanto tali consentono di sussumerlo sotto una legge scientifica di copertura.

Secondo il modello della sussunzione sotto leggi scientifiche, un antecedente può essere configurato come condizione necessaria solo qualora rientri nel novero di quegli antecedenti che sulla base di una successione regolare conforme ad una legge dotata di validità scientifica (c.d. legge generale di copertura) portano ad eventi del tipo di quello verificatosi in concreto.

Così, di fronte all'accertata incapacità della teoria condizionalistica pura di fornire una valida spiegazione causale tutte le volte in cui si ignorano le leggi

che essa non spieghi la relazione causale ma la presupponga. A tale obiezione principale segue l'argomento del "regresso all'infinito" di cui però, si disvela facilmente l'inconsistenza se solo si tiene presente, al di fuori delle ipotesi di responsabilità oggettiva, l'operatività del dolo e della colpa che circoscrivono l'ambito di rilevanza dei possibili antecedenti del risultato lesivo.

⁶⁹ STELLA in ALESSANDRI (a cura di), *Diritto penale dell'impresa, materiali per lo studio*, Torino, 2007, cit.

che a monte regolano la successione tra gli eventi, è parsa indispensabile l'introduzione del correttivo della sussunzione sotto leggi scientifiche affinché suddetta teoria potesse realmente essere operante.

Il procedimento di eliminazione mentale dovrà avvalersi, quindi, del sapere scientifico condensato in leggi universali, per la verità piuttosto rare, e in leggi statistiche che forniscano adeguata "copertura" all'evento da spiegare.

Mentre le prime sono in grado di affermare che la verifica di un evento è invariabilmente accompagnata dalla verifica di un altro evento, nel senso che la loro successione si connota di una regolarità che non patisce eccezioni; nel secondo caso la legge si limita ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento solo in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa.⁷⁰

Il ricorso a generalizzazioni scientificamente valide - spiegano le Sezioni Unite nella nota sentenza Franzese - consente di ancorare il giudizio controfattuale, altrimenti insidiato da ampi margini di discrezionalità ed indeterminatezza, a parametri oggettivi in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria, anche per i più complessi sviluppi causali.

Tuttavia, una spiegazione nomologico-deduttiva pienamente esaustiva, attraverso una lente scrupolosamente logico-scientifica, implicherebbe la conoscenza di tutte le condizioni necessarie che compongono la catena causale dell'evento: questo significa pretendere un rigore scientifico nell'accertamento giudiziale della causalità irrealistico e di fatto impraticabile per la semplice ragione che la scienza, seppur in costante evoluzione, non è sempre in grado di cristallizzare tutte le leggi esplicative delle singole successioni nella serie degli antecedenti.

L'impraticabilità si comprende anche considerando che la meta dell'indagine giudiziale non è la spiegazione scientifica dell'evento in sé, *“la questione causale non è una questione relativa alla formula sotto la quale può venir collocato il fenomeno come esempio specifico, ma una questione relativa alla connessione individuale a cui esso può venir collegato come suo risultato; è cioè*

⁷⁰ Cassazione penale sez. un. Sentenza n. 30328 del 10 luglio 2002.

una questione di imputazione; la conoscenza delle leggi della causalità può essere non già uno scopo, ma soltanto un mezzo dell'indagine."⁷¹

È giocoforza, pertanto, ricorrere ad assunzioni tacite, dando per esistenti condizioni e leggi che non si conoscono o che non sono conoscibili, sulla base della quali, secondo la clausola *ceteris paribus*, continua ad apparire fondato l'impiego della legge stessa.

Questo conferisce all'accertamento un inevitabile carattere probabilistico, che merita, però, un approfondimento.

Da un lato abbiamo la causalità generale, riferita cioè al tipo di evento, dall'altro abbiamo la causalità individuale riferita invece al singolo evento concreto: a queste due distinte nozioni corrispondono due differenti concetti e gradi di probabilità.

La prima va misurata alla stregua di una probabilità statistica, il cui grado si attinge direttamente dalla legge di copertura; essa, più precisamente attiene alla verifica empirica della frequenza nella successione degli eventi.

La seconda si decide alla stregua di una probabilità logica, ossia di una credibilità razionale; questa contiene una verifica ulteriore ed aggiuntiva, rispetto a quella meramente empirica che inerisce al tipo di evento astrattamente considerato, volta a valutare il grado di attendibilità dell'impiego della legge statistica con riferimento all'evento nel suo *hic et nunc*.⁷²

Alla luce dell'appena descritta indole probabilistica, si pone un interrogativo in ordine alla conciliabilità di quest'ultima rispetto a quella certezza che vada "oltre il ragionevole dubbio", come richiesta dall'accertamento giudiziale.

Proprio su questo punto si può cogliere la portata innovativa o forse, più semplicemente chiarificativa della sentenza Franzese: non è tanto decisivo il coefficiente percentuale di probabilità statistica quanto quello della probabilità logica.

⁷¹ WEBBER, così citato da STELLA in *Diritto penale dell'impresa, materiali per lo studio*, ALESSANDRI (a cura di), Torino, 2007.

⁷² Sulla probabilità logica e probabilità statistica si veda più approfonditamente DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio*, in *Riv. It. dir. e proc. Pen.* 1999, 47ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*. 237 ss.

In altre parole, non è necessario un coefficiente di probabilità frequentista “prossimo alla certezza”, “vicinissimo al cento”, come chiedeva Stella, per confermare l’esistenza del nesso causale; o meglio la probabilità statistica non è da sola sufficiente ai fini della prova giudiziale.

Ciò che conta è l’elevato grado di probabilità logica, l’alto grado di credibilità razionale che si raggiunge soltanto attraverso un altro imprescindibile passaggio nell’ambito della procedura di accertamento: l’esclusione dell’interferenza di decorsi alternativi⁷³.

Così, per citare la Corte, “*nulla esclude che anche coefficienti medio-bassi di probabilità c.d. frequentista per tipi di eventi, se corroborati dal positivo riscontro probatorio circa la sicura non incidenza nel caso di specie di altri fattori interagenti in via alternativa, possano essere utilizzati per il riconoscimento giudiziale del necessario nesso di condizionamento.*”⁷⁴

Escludendo tutti i fattori alternativi di causalità dell’evento si innalza il livello di credibilità razionale del coefficiente statistico basso nel caso concreto, in riferimento all’evidenza disponibile.⁷⁵

⁷³ A favore della possibilità di un accertamento causale fondato su leggi dal basso coefficiente statistico, in presenza di una rigorosa esclusione di possibili decorsi alternativi, cfr. tra gli altri BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l’irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli*, in *Cass. pen.*, 2003, 1176; DONINI, *La causalità omissiva e l’imputazione “per l’aumento del rischio”*, cit., 47 ss. «In presenza di una legge di copertura di valore statistico [...] è del tutto decisivo, per la persuasività dell’accertamento, che si escluda l’intervento di altri fattori causali di rischio effettivamente interagenti in via concorrente o esclusiva (cd. *exceptio ex pluribus causis*)». ; PULITANÒ, *Gestione del rischio da esposizioni professionali*.

⁷⁴ Nello stesso senso BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, 2010, 342 : ai fini della spiegazione causale “il coefficiente probabilistico non è davvero importante. Ciò che è veramente cruciale è che non sia alla vista una diversa, plausibile ipotesi eziologica” dell’evento concreto alla luce delle evidenze disponibili.

⁷⁵ Pensiamo al caso di scuola della contrazione dell’AIDS: secondo leggi statistiche il rischio di trasmissione del virus, attraverso un rapporto sessuale non protetto con persona sieropositiva, è mediamente pari allo 0,1-3%. Un così basso coefficiente percentuale potrebbe fondare la credibilità razionale dell’esistenza di un nesso causale tra il suddetto rapporto e la morte della vittima contagiata laddove si possano ragionevolmente escludere tutti gli altri fattori causali

Per poter pronunciare una sentenza di condanna, il giudice dovrà raggiungere la certezza processuale – al metro dell’oltre ogni ragionevole dubbio – dell’implausibilità di tutte le possibili spiegazioni causali alternative.

In un passaggio fondamentale della sentenza si legge *“l’insufficienza, la contraddittorietà e l’incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all’evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva [...] rispetto ad altri fattori interangenti nella produzione dell’evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell’ipotesi prospettata dall’accusa e l’esito assolutorio del giudizio”*.

La sentenza Franzese, dunque, non si è limitata ad una riflessione sul piano meramente dogmatico ma ha compiuto uno sforzo ulteriore, teso ad inquadrare saldamente la causalità nella logica probatoria propria del processo penale.

Il grande merito risiede, appunto, nell’aver individuato un criterio di accertamento del nesso causale coerente con la natura induttiva, indiziaria, del processo penale: “l’alto grado di credibilità razionale” soddisfa lo standard di certezza (processuale) “dell’oltre ogni ragionevole dubbio”.

Proprio l’aver definito un siffatto standard di certezza, rigoroso ma non assoluto in termini astratti, mostra un chiaro rispetto al canone di garanzia *in dubbio pro reo*: principio che permea l’intero ordinamento processuale penale e riceve, così, il fondamentale sigillo della Sezioni Unite.

Quindi viene a consolidarsi un modello di indagine causale che non si affida più (o non solo) a strumenti di tipo nomologico-deduttivo ancorati a leggi universali o dotate di coefficiente probabilistico prossimo ad uno, bensì un metodo che intreccia dialetticamente abduzione e induzione: la prima attiene alla formulazione dell’ipotesi esplicativa, la seconda si riferisce alla concreta e copiosa caratterizzazione del fatto storicamente accaduto.

Spesso, come documentato nella prassi, la distinzione tra probabilità statistica e probabilità logica è sfuggente e si registra una tendenza all’assimilazione dei due concetti tanto che la Corte nella sentenza ThyssenKrupp suggerisce di sostituire

alternativi, che, nel caso di specie, potranno essere l’aver avuto rapporti sessuali con altre persone, l’aver avuto recenti emotrasfusioni etc..

la nozione di “credibilità razionale” con quella di “corroborazione dell’ipotesi” alludendo cioè ad un ragionamento probatorio che guardi alle contingenze concrete del fatto storico, affinché, attraverso un approccio dialettico, avvalori o escluda l’iniziale ipotesi eziologica.

*“L’esclusione delle possibili spiegazioni alternative – spiega autorevole dottrina – diviene così il percorso euristico obbligato per corroborare, popperianamente, l’ipotesi di spiegazione causale offerta dall’accusa: la quale dovrà, appunto, resistere ai tentativi di falsificazione miranti a spiegare diversamente l’evento, residuando come l’unica plausibile a fronte dell’inidoneità esplicativa delle altre ipotesi, discusse nel contraddittorio tra le parti.”*⁷⁶

Punctum dolens è capire se il modello condizionalistico della spiegazione dell’evento assolve correttamente alla funzione ascrittiva dell’imputazione causale nell’ambito del reato omissivo improprio, anche detto “commissivo mediante omissione”.

La riconosciuta autonomia dogmatica⁷⁷ del reato omissivo improprio pone un importante interrogativo di fondo: ci si chiede se l’esistenza del nesso causale vada accertata alla stregua dei parametri dettati per i reati commissivi ovvero, stante un’ontologica differenza che si riflette sia sul piano strutturale che sul piano funzionale, sia più opportuno individuare coordinate interpretative per un diverso schema causale.

La questione, posta all’attenzione della Corte di Cassazione nella sentenza n.30328 del luglio 2002 (sentenza Franzese) viene risolta convenendo con quella parte della dottrina che riconosce il paradigma unitario della *condicio sine qua*

⁷⁶ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.penalecontemporaneo.it, cit.5.

⁷⁷ L’articolo 40 cpv, combinandosi con la singola disposizione di parte speciale incentrata sul modello commissivo, dà luogo ad una nuova fattispecie incentrata sul mancato impedimento dell’evento, che non rappresenta una semplice forma di manifestazione della fattispecie commissiva espressamente prevista, bensì ha carattere autonomo, essendo imperniata non più su un divieto ma su una norma di comando. Così FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale parte generale*, cit. 533-534; GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, cit. 124 ss.

non integrato dalla sussunzione sotto leggi scientifiche come valido e applicabile indifferentemente sia per i reati commissivi che per quelli omissivi.

Così si esprime la Corte in un passaggio della pronuncia: *“Pur dandosi atto della peculiarità concettuale dell’omissione, si osserva che lo statuto logico del rapporto di causalità rimane sempre quello del condizionale controfattuale, la cui formula dovrà rispondere al quesito se, mentalmente eliminato il mancato compimento dell’azione doverosa e sostituito alla componente statica un ipotetico processo dinamico corrispondente al comportamento doveroso, supposto come realizzato, il singolo evento lesivo, hic et nunc verificatosi, sarebbe, o non, venuto meno, mediante un enunciato esplicativo coperto dal sapere scientifico del tempo”*.

Tuttavia, è di immediata percezione la maggiore complessità del giudizio implicato, che autorevole dottrina ha definito come “doppiamente” ipotetico: bisogna supporre come avvenuta la condotta doverosa omessa e verificare se questa, qualora realizzata, avrebbe impedito l’evento.

Di fronte alla suddetta laboriosità dell’accertamento qualcuno giustificerebbe un’attenuazione del grado di certezza rispetto a quello richiesto per la condotta propria dei reati commissivi⁷⁸, accontentandosi di verificare la relazione causale in termini di aumento o mancata diminuzione del rischio di lesione del bene protetto, o, addirittura, di diminuzione di chances di salvezza del bene medesimo.

Ma, un tale indirizzo interpretativo, *in primis*, contrasta palesemente con i principi di legalità, tassatività e tipicità della fattispecie criminosa nonché con il principio della responsabilità penale personale (articoli 25 comma 2 e 27 comma 1 della Costituzione); *in secundis* finisce per trasformare reati di danno in reati di pericolo, manipolando la stessa struttura del reato omissivo improprio e

⁷⁸ In senso contrario GRASSO, ne *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983: *“in proposito deve rilevarsi che una volta che si affermi la struttura probabilistica di ogni spiegazione causale e la rilevanza ai fini della decisione anche di leggi statistiche, non si vede il motivo per il quale, nell’ambito dei reati omissivi impropri, debba essere richiesto un livello di certezza diverso da quel grado di elevata credibilità razionale necessario perché trovi conferma l’ipotesi causale nei reati commissivi”*.

comportando una “volatilizzazione del nesso eziologico”.⁷⁹ Sul punto si tornerà in modo più approfondito nei paragrafi successivi.

Chiaramente, nella causalità omissiva è assente quella derivazione “fisica”, “fattuale” dell’evento rispetto all’azione e pertanto accreditati penalisti individuano con il nesso di causalità esistente nei reati commissivi un rapporto tra due entità reali, ossia l’azione dell’uomo e un accadimento esterno, mentre definiscono l’accertamento causale nei reati omissivi come “ipotetico e prognostico”.

Se nel primo caso l’accertamento presuppone la spiegazione di quanto si è verificato; nel secondo caso si tratta di verificare in che modo l’eventuale compimento dell’azione doverosa avrebbe modificato il corso degli avvenimenti e, in particolare, se essa avrebbe impedito la realizzazione dell’evento.⁸⁰

I sostenitori della tesi secondo cui l’accertamento del nesso causale nei reati omissivi si configura come una mera prognosi, pur ammettendo l’identità logico-strutturale dei processi dello “spiegare” e del “prevedere”, fanno leva sulla diversità sostanziale che attiene alla situazione conoscitiva: mentre nella spiegazione l’*explanandum* è già dato, nella previsione deve sempre essere inferito dalla legge di copertura, *ceteris partibus*, e poi accertato empiricamente. Si dice: l’enunciato “se l’azione doverosa fosse stata compiuta, l’evento non si sarebbe verificato” non ha ad oggetto né la spiegazione di un avvenimento del passato, né la previsione di un evento futuro; esso costituisce invece un “condizionale controfattuale”, un enunciato ipotetico nel quale tanto l’antecedente quanto il conseguente sono per definizione falsi⁸¹.

⁷⁹ Cassazione penale sez. un. Sentenza n. 30328 del 10 luglio 2002. La Corte osserva che “l’affievolimento della nozione di causa penalmente rilevante finisce per accentuare nei reati omissivi impropri il disvalore della condotta, rispetto al quale l’evento degrada a mera condizione obiettiva di punibilità”.

⁸⁰ In questo senso GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*. Milano, 1983, cit. 386 ss.

⁸¹ Infatti sappiamo che l’azione doverosa non è stata compiuta e l’evento si è verificato, così GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*. Milano, 1983, cit. 386 ss.

Parlare di relazione causale fra omissione ed evento sembrerebbe improprio e dunque più corretta sarebbe l'espressione "ipotetico rapporto tra l'azione doverosa, che non si è realizzata, e la mancata verifica dell'evento lesivo, che invece ha avuto luogo".

Dunque, secondo questo orientamento, l'accertamento di un tale rapporto ipotetico dovrebbe avvenire – a differenza, invece, dell'accertamento della relazione causale tra azione ed evento - attraverso un giudizio ipotetico, ossia mediante la formulazione di un enunciato controfattuale.

Quest'ultima asserzione è tuttavia frutto di un fraintendimento, è il risultato di un equivoco che viene puntualmente chiarito dallo studioso F. Stella: nell'accertamento del rapporto causale è sempre implicato un ragionamento di tipo ipotetico.

L'enunciato controfattuale è presente nell'indagine sulla causalità commissiva tanto quanto in quella sulla causalità omissiva seppure in forma diversa: nel primo caso sarà "se non ci fosse stata l'azione, l'evento non si sarebbe verificato", nel secondo, invece, "se non ci fosse stata l'omissione dell'azione doverosa, l'evento lesivo non si sarebbe verificato".

In entrambi i casi l'*explanandum* consiste in un avvenimento del passato, identico è il procedimento di inferenza e identica è la struttura probabilistica della spiegazione offerta.

L'unica differenza si può ravvisare nella natura della condizione necessaria: non forza fisica-antropomorfa bensì condizione statica.

Sul punto a lungo riflette l'Autore che, richiamando un suggestivo esempio di Dewey sul risplendere del fiammifero in atto prima che il fiammifero che brucia sia applicato ad un pezzetto di carta in modo che cominci a bruciare anch'esso, spiega come si fece strada, nella scienza, l'idea di un *continuum* spaziotemporale: l'idea, appunto, di processo.

Quando parliamo di relazione causa-effetto facciamo riferimento a processi o eventi che vanno intesi in senso estremamente lato tanto da includere anche quelli statici e dunque l'omissione, ossia quel non fare che realizza pur sempre

uno stato o una sequenza di stati che può entrare in relazione causale con l'evento lesivo.⁸²

La sentenza Franzese, in un certo qual modo, recepisce questo orientamento e quindi, pur riconoscendone la natura statica, sancisce l'applicabilità anche nell'ambito della causalità omissiva del modello "bifasico" di accertamento eziologico, precedentemente descritto e sintetizzabile nel modo che segue:

1. Individuazione di una legge scientifica – universale o statistica – o di una generalizzata regola di esperienza sotto la quale poter sussumere il tipo di evento e quindi spiegare la causalità generale;
2. Giudizio *ex post* di esclusione dei decorsi alternativi in modo da poter vagliare l'attendibilità della legge individuata alla luce del caso concreto e verificare quindi la causalità individuale.

Sul punto, tuttavia, come anticipato, manca un'unanime condivisione e dottrina autorevole⁸³, sia pur minoritaria, contesta l'utilizzabilità del suddetto modello quando si tratti di valutare la rilevanza causale di una condotta omissiva, stante una ritenuta incompatibilità tra il giudizio *ex post* di corroborazione della causalità generale mediante l'esclusione delle possibili cause alternative e il carattere puramente prognostico, considerato tratto peculiare della causalità omissiva.

⁸² STELLA (in *Diritto penale dell'impresa, materiali per lo studio*, ALESSANDRI (a cura di), Torino, 2007) cita CARNAP e l'esempio del tavolo: *non possiamo osservare nessuna trasformazione in esso. Ieri magari è stato mosso, non è escluso che in futuro venga danneggiato o addirittura distrutto, ma nel momento in cui io lo osservo non muta. Si può supporre che la sua temperatura, la sua massa, perfino il riflesso della luce sulla sua superficie rimangano inalterati per un certo periodo, ma anche questo evento, il tavolo che rimane immutato, è un processo: è un processo statico, tale cioè che le sue grandezze considerate si mantengono costanti nel tempo. Se si considerano le entità che entrano nella relazione di causa ed effetto come processi o eventi, si deve riconoscere che questi termini comprendono anche processi statici; essi stanno per una qualunque sequenza di stati identici o diversi di un sistema fisico.*

⁸³ Si veda MASERA, *il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Diritto e processo*, fascicolo 4, 493-502; VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.penalecontemporaneo.it.

L'indirizzo interpretativo muove dall'assunto per cui l'omissione in quanto "nulla naturalistico" non influisce in alcun modo sul decorso reale degli avvenimenti ed elaborare un giudizio di esclusione di decorsi causali alternativi costituirebbe un'astrazione fallace e priva di senso.

Eliminare i fattori causali alternativi significa valutarne a posteriori l'efficacia eziologica nel caso concreto rispetto al fattore che si assume, nell'ambito del ragionamento ipotetico, come reale causa dell'evento; ma un tale procedimento, si dice, non può funzionare quando il fattore, di cui si vaglia la rilevanza, non sia realmente intervenuto nel decorso causale e perché per definizione un elemento diverso dalla condotta del reo e capace di cagionare l'evento è sempre presente, ed è proprio quel fattore di rischio che la sussistenza della posizione di garanzia imponeva all'imputato di fronteggiare.⁸⁴

È la natura doppiamente ipotetica della causalità omissiva a rendere impraticabile il paradigma condizionalistico delineato dalla Franzese: *"Nella griglia controfattuale esplicativa della causalità omissiva, l'interloquente può collocare soltanto un dato storicamente reale, posizionato nell'apodosi - ed è ovviamente l'evento lesivo effettivamente integratosi; mentre nella protasi, di dati reali (o completamente reali) non se ne ravvisano, giacché l'omissione è sì antecedente (statico) reale, ma solo a condizione di essere integrata, e per così dire animata - per la sua stessa intellegibilità concettuale, oltre che significanza giuridica - dall'azione impeditiva, che però è del tutto immaginaria"*.⁸⁵

Procedendo in questo senso, si finisce per negare la possibilità di accertamento della causalità individuale, dovendo il giudice affidarsi alla sola capacità predittiva della legge di copertura per poter decidere dell'imputazione dell'evento.

È lecito chiedersi se potrà il coefficiente probabilistico, espresso dalla legge statistica, essere da solo sufficiente a spiegare la relazione condotta-evento e dunque se potrà davvero bastare il solo accertamento della causalità generale.

⁸⁴ MASERA, *il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Diritto e processo*, fascicolo 4, cit. 499.

⁸⁵ In questi termini si esprime PALIERO, *La causalità dell'omissione*, cit., 842.

In verità, un accertamento che prescindendo dall'analisi della caratterizzazione del fatto storico non può che essere un accertamento monco.

Tuttavia la tesi proposta da quest'orientamento minoritario muove dall'idea che l'articolo 40 capoverso si limiti a sancire una mera equivalenza normativa tra la causalità reale e l'omesso impedimento dell'evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire, fissando così una regola di imputazione giuridica di un evento a un soggetto che, per definizione, non lo ha causato.⁸⁶

Il legislatore ha quindi ritenuto *ab origine* sufficiente accertare il mancato impedimento dell'evento e la sussistenza di un obbligo impeditivo (rectius di una posizione di garanzia); la verifica di ciò che sarebbe accaduto se l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa nella situazione concreta attiene al piano della "causalità della colpa".⁸⁷

Seppur apparentemente persuasiva, la tesi non considera che il mancato compimento dell'azione doverosa da parte del titolare della posizione di garanzia potrebbe non escludere che, nel caso concreto, l'evento sia stato cagionato da un fattore eziologico diverso.

Spostare questa verifica dal piano della tipicità a quello della colpevolezza, in contrasto con quanto indicato dalle Sezioni Unite, equivale ad obliterare, sul piano dell'imputazione oggettiva, quell'indispensabile riscontro circa la validità della legge rispetto al caso concreto, significa prescindere da valutazioni *ex post* che vadano a corroborare o a confutare la tesi iniziale.

⁸⁶ GRASSO suggeriva di sostituire, nell'ambito dei reati omissivi, l'espressione "rapporto di causalità" con "equivalente tipico della causalità". Mentre nei reati commissivi è la causalità l'elemento sul quale si impernia la struttura della fattispecie e che consente l'individuazione della stessa condotta tipica: l'azione conforme alla fattispecie è quella che risulta legata all'evento lesivo dal nesso eziologico.

Nelle fattispecie omissive improprie invece è la situazione di garanzia ad assumere ruolo di filtro: la posizione di garanzia, fra gli infiniti comportamenti che avrebbero potuto impedire l'evento che si è verificato, consente di individuare uno come punto di riferimento della responsabilità penale per l'evento. Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie, Milano 1983 cit. 416-417.

⁸⁷ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.penalecontemporaneo.it, cit. 13 ss.

Emergono, evidentemente, molteplici dubbi ed incertezze: non si comprendono, infatti, i parametri alla stregua dei quali si andrà a misurare il grado della certezza processuale; non si capiscono le ragioni in base alle quali, qualora il coefficiente statistico sia medio-basso, si dirà comunque esistente il nesso causale, invocando una regola di imputazione giuridica ricavata dalla clausola di equivalenza di cui all'articolo 40 cpv.; né si comprende come un tale metodo possa conciliarsi con le garanzie costituzionalmente predisposte.

Se irrimediabilmente confliggente, si dovrà propendere per la soluzione alternativa, ossia quella di attribuire rilevanza causale ai soli fattori sussumibili sotto leggi universali in grado di affermare con rigorosa certezza (pari al 100%) che quell'evento è invariabilmente accompagnato dalla verifica di un altro evento.

Ma in tal caso l'obiezione è comprensibile: data la complessità dei fenomeni e l'insita ed ineliminabile percentuale di incertezza che connota alcuni settori (pensiamo all'attività medico-chirurgica, al settore delle malattie professionali, etc..) si creerebbero degli evidenti vuoti di tutela.

2.2. Quando l'evento è un infortunio sul lavoro o una malattia professionale: erosione da parte della giurisprudenza del paradigma causale.

Come accennato nel precedente paragrafo, il modello di accertamento della causalità così come costruito nella sentenza Franzese aveva suscitato titubanze, da parte di alcuna dottrina, circa la sua applicabilità ai reati omissivi impropri; quando, poi, l'evento da imputare alla condotta è costituito da un infortunio o da una malattia professionale, l'adeguatezza del suddetto modello appare ulteriormente vacillante e da più parti si paventa un'intrinseca inidoneità che giustificerebbe il ricorso a metodi di accertamento diversi e meno rigorosi con la convinzione che meglio si attagliano alla complessità del fenomeno da spiegare.

Il recente atteggiamento giurisprudenziale pare tacitamente avallare quell'indirizzo dottrinale che, alla luce delle ineliminabili incertezze e dei profili altamente ipotetici della condizionalità in questo settore, ritiene di doversi affidare all'efficacia esplicativa anche della mera possibilità o comunque di coefficienti molto bassi di probabilità salvifica del comportamento doveroso, dovendo la valutazione essere incentrata sull'aumento o diminuzione del rischio di lesione del bene protetto o di diminuzione delle chances di salvezza del bene protetto di cui si esalta la valenza primaria.

In via preliminare soffermiamo l'attenzione sulle nozioni di infortunio sul lavoro e malattia professionale.

Stando alla definizione fornita all'articolo 2 del D.P.R. 1124/65, l'infortunio è l'evento occorso al lavoratore per causa violenta in occasione di lavoro e da cui sia derivata la morte o l'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero un'inabilità temporanea assoluta che comporti l'astensione dal lavoro per più di tre giorni.

Generalmente la "causa violenta" è di origine traumatica (cadute, schiacciamenti, tagli, etc..) e viene ad essere imputata in capo al datore di lavoro laddove si constati una sua disattenzione rispetto alla specifiche regole prevenzionistiche che, se rispettate, avrebbero potuto prevenire l'evento (ad

esempio: mancata dotazione dei necessari ed idonei dispositivi di protezione individuale).

Il requisito della “causa violenta”, intesa come un fattore che opera dall’esterno con azione intensa e concentrata nel tempo, si contrappone alla “causa lenta” che connota, invece, l’insorgenza di una malattia professionale⁸⁸, ossia una patologia che si sviluppa a causa della presenza di stimoli nocivi nell’ambiente di lavoro (pensiamo, ad esempio, alle esposizioni a sostanze tossiche).

Differentemente dalla “causa violenta”, tipica dell’infortunio, la “causa lenta” si caratterizza per una graduale e progressiva azione lesiva di determinati fattori morbigeni sull’organismo.

Per fare un esempio: un graduale assorbimento da parte dell’organismo di una sostanza chimica può provocare a lungo andare una intossicazione cronica, che è malattia professionale; invece un assorbimento massivo e subitaneo della stessa sostanza chimica dovuto ad una improvvisa rottura degli impianti, può determinare una intossicazione acuta, che è infortunio sul lavoro.

Nell’ipotesi di malattia professionale, considerando anche l’esteso lasso di tempo che solitamente intercorre prima che questa si manifesti, sorgono evidenti problemi di accertamento causale soprattutto quando non vi sono sufficienti supporti scientifici atti a spiegare l’origine e lo sviluppo della patologia.

Potrebbe accadere che all’epoca dei fatti non si conoscevano le potenzialità nocive di una sostanza ovvero potrebbe succedere che vi siano più ipotesi eziologiche e siano tutte supportate sul piano fattuale tanto da rendere molto difficile, se non impossibile, individuare con certezza il fattore che ha innescato la serie causale: da qui la tendenza a considerare come fattore causale quello che ha incrementato il fattore di rischio.

⁸⁸ L’espressione malattia professionale ricorre nel codice penale all’art. 590 c.p. rubricato “Lesioni personali colpose” che all’ultimo comma recita: “*Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e nel secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relativi all’igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale*”. L’attributo professionale, che indica ovviamente l’attitudine della patologia a trovare la propria origine nel rapporto di lavoro, costituisce un elemento normativo della fattispecie, imponendo, per la sua definizione, il rinvio alle norme prevenzionistiche.

La distanza cronologica dell'evento lesivo rispetto all'esposizione lavorativa all'agente patogeno complica estremamente l'indagine eziologica, nell'ambito della quale si fatica a determinare il momento preciso in cui sia avvenuto l'innescò della malattia e conseguentemente i soggetti responsabili, essendo concretamente ipotizzabile una successione nell'organico dell'impresa.

A complicare ulteriormente il quadro eziologico ci pensa, poi, il carattere spesso multifattoriale della malattia che potrebbe essersi sviluppata in virtù di una predisposizione genetica del lavoratore o alla luce delle sue abitudini di vita (si pensi al caso di tumore polmonare contratto da un lavoratore sì esposto in ambito lavorativo ad un fattore di rischio, ma del quale si sappia anche essere un accanito fumatore).

Nell'ambito di un'attività come quella lavorativa, dove persiste un'inevitabile quota di rischio appunto detto "consentito", sono in agguato forme di responsabilità oggettiva occulta o addirittura di responsabilità per fatto altrui occulta il cui contrasto con il principio costituzionale della "personalità" della responsabilità penale è netto e insuperabile.

Si registra un'erosione del paradigma causale ogniqualvolta la morte o le lesioni vengono ascritte al garante del bene vita-incolumità del lavoratore prescindendo da una prova rigorosa della causalità e dilatando oltremodo la responsabilità penale del datore di lavoro.

È argomento ricorrente in varie decisioni della Suprema Corte⁸⁹ quello per cui "quando è in gioco la vita umana" si giustifica una causalità dimidiata: la coscienza sociale avverte l'impellente necessità di attribuire paternità all'evento.

⁸⁹ Si veda a titolo esemplificativo Cass. Pen., sez. IV, 12 luglio 1991, Silvestri, 363. Il caso sottoposto all'attenzione della Corte concerneva un'ipotesi di responsabilità medica per omessa diagnosi di infezione tetanica contratta dalla paziente durante un'operazione chirurgica, pur in presenza di sintomatologia tipica. Nella pronuncia citata, i giudici di legittimità fanno diretta applicazione di un principio sino ad allora semplicemente enunciato in sentenze, ma mai utilizzato come ratio decisoria per l'affermazione del nesso causale e l'imputazione dell'evento. Secondo tale principio, "quando è in gioco la vita umana anche solo poche probabilità di successo di un immediato o sollecito intervento (...) sono sufficienti, talché sussiste il nesso di causalità quando un siffatto intervento non sia stato possibile a causa dell'incuria colpevole del sanitario che ha visitato il paziente".

In verità, il ragionamento è privo di un fondamento logico-giuridico per un motivo essenziale: la causalità è nozione non manipolabile dall'interprete al mutare degli interessi in gioco e il giudice, in quanto consumatore e non produttore di leggi causali, deve utilizzare un concetto di causalità giuridica legalmente uniforme.⁹⁰

⁹⁰ In questo senso VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. Trim. Dir. pen. Ec.* 1998.

2.3. La teoria dell'aumento del rischio e l'imputazione oggettiva dell'evento.

Ripudiata dalle Sezioni Unite con la sentenza Franzese, la teoria dell'aumento del rischio pare voler configurare una categoria d'imputazione nuova che tende progressivamente ad affermarsi come un "surrogato di causalità"⁹¹.

Di fronte all'asserito inappagante accertamento tra condotta ed evento secondo una prospettiva *ex post*, la teoria dell'aumento del rischio assicura l'individuazione del nesso causale semplicemente sulla base della constatazione che l'omissione della condotta doverosa ha aumentato, secondo una prospettiva *ex ante*, il rischio di verifica dell'evento.

Il paradigma dell'aumento del rischio si fonda su due premesse sostanziali: *in primis*, la causalità tra omissione ed evento non è *in rerum natura* esistente, pertanto il suo accertamento si risolve in una mera prognosi e parlare della certezza processuale che l'evento non si sarebbe verificato se l'imputato avesse posto in essere la condotta doverosa altro non è che un semplice "escamotage retorico"⁹².

La natura doppiamente ipotetica del giudizio controfattuale, implicato in materia omissiva, lo rende schiettamente predittivo, non già esplicativo, come accade, invece, nell'ambito dei reati commissivi.

L'accertamento della causalità individuale sarebbe – secondo i sostenitori di questa tesi – impraticabile e logicamente insensato: la verifica *ex post* dell'idoneità lesiva dell'omissione attraverso l'eliminazione dei decorsi causali alternativi non può operare dal momento che l'evento è naturalisticamente riconducibile ad una causa del tutto indipendente e distinta rispetto alla condotta reale dell'imputato.⁹³

⁹¹ L'espressione è di PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2015, cit.228.

⁹² In questi termini si esprime VIGANÒ, *il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹³ In questo senso VIGANÒ, *il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.penalecontemporaneo.it, cit.8 ; MASERA, *il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Diritto e processo*, fascicolo 4, 493-502.

Nel settore antinfortunistico (più specificatamente in quello relativo alla malattie professionali dovute ad esposizione a sostanze tossiche), poi, all'incertezza legata all'intrinseca natura probabilistica del giudizio controfattuale si aggiunge l'opacità della trama causale a fronte della pluralità e inconoscibilità dei fattori interagenti.

Da ciò si fa discendere l'affievolimento del grado di certezza pretendibile rispetto a quello richiesto nel caso della causalità commissiva.

La seconda premessa si riconnette, invece, alla posizione di garanzia che, specie in ambito lavorativo, pare avere un contenuto tendenzialmente illimitato in virtù della vaghezza degli obblighi desunti direttamente dall'articolo 2087 c.c., invocati e manipolati spesso nella prassi, che dimentica di ricostruire l'obbligo giuridico rilevante ai sensi dell'art.40 cpv, nei termini di "obbligo impeditivo".

Il diritto penale dell'impresa pare in effetti un "terreno di coltura" privilegiato per le moderne teorie dell'aumento del rischio⁹⁴: essendo il datore di lavoro destinatario di un obbligo di minimizzazione dei rischi per la salute e l'integrità fisica del lavoratori, la condotta doverosa omessa è di per sé sufficiente ad affermare la responsabilità dell'imputato quand'anche la sua probabilità salvifica fosse molto bassa.

L'aumento del rischio, che si vorrebbe sufficiente ai fini della sussistenza della causalità omissiva è, per così dire, in *re ipsa* nella violazione dell'obbligo.⁹⁵

Questo primo orientamento è stato successivamente affiancato da un secondo filone interpretativo che concepisce la categoria "aumento del rischio" in un'accezione diversa, incentrata su un accertamento anche *ex post* dell'aumento: questo tipo di valutazione implica un giudizio sull'evitabilità dell'evento generando una confusione tra la c.d. causalità della colpa e la causalità dell'omissione. È evidente che, procedendo in tal senso, non ci si muova più su un piano strettamente oggettivo ma si scivoli verso il piano soggettivo della colpa.

⁹⁴ DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. It. di dir. e proc. Pen.* 1999.

⁹⁵ VENEZIANI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omissio impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. Trim. dir. pen.ec.* 1998, cit.505.

Affievolire le categorie causali a favore di parametri di mero rischio conduce ad un'accentuazione del disvalore della condotta rispetto al disvalore dell'evento: l'evento degraderebbe a mera condizione di punibilità e il reato di danno verrebbe trasformato in un reato di pericolo.

Accontentarsi della formula dell'aumento del rischio o della mancata diminuzione dello stesso significa far svanire il nesso causale tra l'omissione e l'evento, comportandone una "volatilizzazione": questo sancirebbe una rottura con il principio di legalità (art.25 Cost.) nonché una violazione del principio di responsabilità per fatto proprio (art.27 Cost.).⁹⁶

Non può bastare, per imputare l'evento ex art. 40 cpv. la dimostrazione che se l'azione doverosa fosse stata compiuta, sarebbe diminuito il rischio di verificazione dell'evento stesso: si andrebbe, infatti, ad eludere la risposta alla domanda secondo cui l'evento si sarebbe verificato ugualmente o meno; domanda alla quale l'accertamento del nesso eziologico dovrebbe tendere.

Il risultato ottenibile dal modello che sostituisce l'evento con il rischio appare, dunque, del tutto irrisorio e inefficiente rispetto alle pretese che lo muovono e finisce per assecondare lo slogan per cui "qualcuno deve pagare".⁹⁷

Sono emblematiche le parole utilizzate dalla Commissione Grosso nella relazione al progetto di riforma della parte generale del codice penale: *"La giurisprudenza che si sta orientando verso ricostruzioni della causalità centrate su mere rilevazioni di tipo probabilistico, o su mere correlazioni condotta-rischio (o aumento del rischio), coglie un aspetto sicuramente importante della società moderna, sempre più caratterizzata da attività complesse, professionalizzate, che presuppongono un alto livello di organizzazione, all'interno delle quali non è molte volte agevole provare rigorosamente l'esistenza di un rapporto di condizionalità necessaria. In questo senso essa*

⁹⁶E' questo il ragionamento seguito dalle Sezioni Unite nella sentenza Franzese e condiviso in dottrina da DONINI (*La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. It. di dir. e proc. Pen.* 1999.) e VENEZIANI (*Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. Trim. dir. pen.ec.* 1998)

⁹⁷ In questi termini si esprime ALESSANDRI in *Attività d'impresa e responsabilità penali* in *riv. It. dir. proc.pen.*2005.

risponde alla esigenza di rafforzare la tutela penale in materie che coinvolgono beni giuridici di rilevante spessore (vita, salute, ambiente, ecc...), introducendo una flessibilità applicativa delle norme sulla causalità che consentono di raggiungere livelli di intervento penale altrimenti impensabili in ragione della difficoltà della prova. Il costo di scelte di questo tipo è tuttavia elevato sul terreno della salvaguardia del principio di legalità e di tipicità delle fonti di responsabilità penale, rischiando, nei casi più macroscopici, di attentare addirittura al principio di personalità della responsabilità penale. Il principio di tassatività determinatezza e il principio di responsabilità della personalità, che conformano il sistema penale anche a livello di enunciato costituzionale, impongono pertanto di salvaguardare la funzione selettiva del nesso di causalità, e di formulare una disciplina per quanto possibile tassativa.”

2.4. La rilevanza causale della condotta illecita del lavoratore: i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità e dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo.

La posizione di garanzia esistente in capo al datore di lavoro è così tanto pervasiva da imporgli di apprestare tutti gli accorgimenti, le cautele e i comportamenti necessari a garantire la massima protezione del bene protetto, ossia la salute e l'incolumità del lavoratore.

Nonostante l'articolo 20 del D. Lgs. 81 del 2008⁹⁸ preveda in capo a quest'ultimo una serie di obblighi finalizzati alla cura della propria salute e sicurezza

⁹⁸ Art. 20 – Obblighi dei lavoratori

1. Ogni lavoratore deve prendersi cura della propria salute e sicurezza e di quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, su cui ricadono gli effetti delle sue azioni o omissioni, conformemente alla sua formazione, alle istruzioni e ai mezzi forniti dal datore di lavoro.

2. I lavoratori devono in particolare:

- a) contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro;
- b) osservare le disposizioni e le istruzioni impartite dal datore di lavoro, dai dirigenti e dai preposti, ai fini della protezione collettiva ed individuale;
- c) utilizzare correttamente le attrezzature di lavoro, le sostanze e i preparati pericolosi, i mezzi di trasporto e, nonché i dispositivi di sicurezza;
- d) utilizzare in modo appropriato i dispositivi di protezione messi a loro disposizione;
- e) segnalare immediatamente al datore di lavoro, al dirigente o al preposto le deficienze dei mezzi e dei dispositivi di cui alle lettere c) e d), nonché qualsiasi eventuale condizione di pericolo di cui vengano a conoscenza, adoperandosi direttamente, in caso di urgenza, nell'ambito delle proprie competenze e possibilità e fatto salvo l'obbligo di cui alla lettera f) per eliminare o ridurre le situazioni di pericolo grave e incombente, dandone notizia al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza;
- f) non rimuovere o modificare senza autorizzazione i dispositivi di sicurezza o di segnalazione o di controllo;
- g) non compiere di propria iniziativa operazioni o manovre che non sono di loro competenza ovvero che possono compromettere la sicurezza propria o di altri lavoratori;
- h) partecipare ai programmi di formazione e di addestramento organizzati dal datore di lavoro;
- i) sottoporsi ai controlli sanitari previsti dal presente Decreto Legislativo o comunque disposti dal medico competente.

unitamente a quella delle altre persone presenti sul luogo di lavoro, la giurisprudenza preclude al datore di lavoro la possibilità di fare affidamento sul diretto e autonomo rispetto da parte del lavoratore delle norme precauzionali e ritiene sia suo compito non solo apprestare tutti i presidi a tutela della sicurezza dei luoghi, degli impianti e dei macchinari utilizzati, ma anche prevederne possibili utilizzi distorti e adoperarsi affinché l'esecuzione del lavoro avvenga nel rispetto delle modalità corrette.

La condotta colposa del lavoratore, dunque, non esonera automaticamente da responsabilità il datore di lavoro che risponderà degli infortuni ascrivibili a imperizia, negligenza ed imprudenza del lavoratore, salvo i casi di assoluta abnormità del comportamento di quest'ultimo⁹⁹.

In una recente pronuncia¹⁰⁰ della IV sezione penale, la Corte di Cassazione ha stabilito il seguente principio di diritto: “la colpa del lavoratore, eventualmente

3. I lavoratori di aziende che svolgono attività in regime di appalto o subappalto, devono esporre apposita tessera di riconoscimento, corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro. Tale obbligo grava anche in capo ai lavoratori autonomi che esercitano direttamente la propria attività nel medesimo luogo di lavoro, i quali sono tenuti a provvedervi per proprio conto.

⁹⁹ Vedi Cass. 5005/2010 e Cass. 48573/2009

¹⁰⁰ Sentenza n.22247 del 14.03.2014. Il caso riguardava la responsabilità penale del datore di lavoro in ordine ad un delitto colposo commesso in violazione delle norme antinfortunistiche.

Secondo il Giudice di primo grado, l'imputato, nella qualità di legale rappresentante della società, aveva causato con il suo comportamento negligente la morte dell'operaio dipendente, il quale era deceduto a seguito delle conseguenze riportate dalla caduta di un castello di tiro collegato ad un ponteggio. Tale castello era reso pericoloso dalla mancanza di parapetti su due lati ed era stato montato in assenza di mezzi di protezione individuali. Notava, il Giudice, che il datore di lavoro non aveva preposto nessuno a vigilare sul rispetto delle norme di sicurezza.

La difesa dall'imputato, da quanto si ricava dalla lettura della sentenza che si allega, aveva censurato la sentenza resa dalla Corte di Appello di Milano per non aver accolto la richiesta di assoluzione fondata sulla insussistenza del nesso di causalità tra la condotta omissiva ascritta al datore di lavoro ed il decesso del lavoratore in ragione dell'abnorme condotta dell'operaio rimasto vittima della propria imprevedibile azione svolta in palese contrasto alle istruzioni impartitegli dal datore di lavoro.

La Suprema Corte, quindi, con l'arresto giurisprudenziale richiamato, ha ribadito la rigorosa linea di interpretazione del ruolo di garanzia ricoperto dal datore di lavoro all'interno del sistema

concorrente con la violazione della normativa antinfortunistica addebitata ai soggetti tenuti ad osservarne le disposizioni, non esime questi ultimi dalle proprie responsabilità, poiché l'esistenza del rapporto di causalità tra la violazione e l'evento morte o lesioni del lavoratore che ne sia conseguita può essere esclusa unicamente nei casi in cui sia provato che il comportamento del lavoratore fu abnorme e che proprio questa abnormità abbia dato causa all'evento; abnormità che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori delle possibilità di controllo dei garanti”.

Cosa debba intendersi per comportamento abnorme era stato già chiarito nella sentenza n.40164 del 2004 in cui la Suprema Corte si esprimeva nel modo che segue: *“è abnorme il comportamento imprudente del lavoratore che sia stato posto in essere da quest'ultimo del tutto autonomamente e in un ambito estraneo alle mansioni affidategli – e, pertanto, al di fuori di ogni prevedibilità per il datore di lavoro – o rientri nelle mansioni che gli sono proprie ma sia consistito in qualcosa di radicalmente, ontologicamente, lontano dalla ipotizzabili e, quindi, prevedibili, imprudenti scelte del lavoratore nella esecuzione del lavoro”*.

Un contegno, dunque, eccezionale che si presenti come completamente atipico ed eccentrico rispetto ai compiti a lui specificatamente affidati nell'ambito del ciclo produttivo; ovvero, quand'anche il contegno avesse qualche inerenza alla proprie mansioni, questo si presenti come irragionevolmente difforme e inosservante delle precise disposizioni antinfortunistiche ricevute.

Deve trattarsi di un comportamento anomalo del tutto esorbitante ed imprevedibile rispetto al lavoro posto in essere, avulso da ogni ipotizzabile e

prevenzionistico ed ha chiarito che pur non potendosi, in astratto, escludere che possa riscontrarsi abnormità, laddove l'abnormità consista nel compiere scelte e azioni radicalmente lontane dalla prassi lavorativa e quindi da ciò che ordinariamente era prevedibile da parte del datore, ha confermato che nel caso in specie tale circostanza non ricorreva, in quanto si doveva tener conto, prioritariamente, dell'inerzia del datore di lavoro nella predisposizione e nell'attuazione del “Piano Operativo di Sicurezza”. La corretta applicazione del Pos, infatti, secondo i Giudici di legittimità, avrebbe potuto scongiurare il sinistro grazie alla predisposizione di quegli efficaci strumenti dissuasivi e impeditivi che caratterizzano i Piani Operativi di Sicurezza.

prevedibile scelta del lavoratore: solo allora la condotta assurge a fattore interruttivo del nesso causale e si pone come causa esclusiva dell'evento.

Si evince da giurisprudenza costante, pertanto, che una responsabilità esclusiva del lavoratore, in grado di elidere, per causa sopravvenuta (secondo comma dell'art. 41 c.p.) quella del destinatario di adottare le misure di prevenzione, sarebbe, ravvisabile unicamente in presenza di un comportamento del lavoratore che abbia i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità e dell'esorbitanza rispetto al procedimento lavorativo, alle direttive ricevute o alle mansioni attribuite; eppure talvolta neppure la disubbidienza alle direttive impartite o lo svolgimento di mansioni non rientranti fra i propri compiti sono reputati sufficienti ad integrare gli estremi dell'eccezionalità.¹⁰¹

È evidente che un tale atteggiamento giurisprudenziale lascia ben pochi spiragli al possibile esonero da responsabilità del datore di lavoro, i cui obblighi non si arrestano all'adempimento di quanto prescritto dal Testo Unico ma assumono contorni sempre più indefiniti di fronte alla pretesa elaborazione di un giudizio di prevedibilità di tutte le imprudenze e disattenzioni del lavoratore, disconoscendo, oltretutto, il valore degli obblighi di osservanza, collaborazione e partecipazione che l'articolo 20 attribuisce a quest'ultimo.

Sono forse le conformi contingenze dei casi su cui si trova a giudicare ad aver indotto la giurisprudenza ad assumere questo atteggiamento che finisce per trascurare, tuttavia, la figura del datore di lavoro.

¹⁰¹ Cfr.: Cass. Pen. Sez. IV, 17 febbraio 2009, n.15009; Cass. Pen. Sez.IV, 30 settembre 2008, n.42129.

2.4.1. I rischi di una responsabilità oggettiva o per fatto altrui occulta

Nonostante l'evidente dissonanza con i principi costituzionali in materia penale, nella prassi applicativa si attesta un utilizzo particolarmente estensivo dell'articolo 40 capoverso che si realizza attraverso la meccanica imputazione dell'omesso impedimento dell'evento infortunio al soggetto destinatario dell'obbligo di sicurezza, a prescindere dalla verifica dell'esistenza nel caso concreto di un potere-dovere impeditivo, unitamente all'automatica esclusione della possibile assenza di colpa dei soggetti in posizione apicale nell'organizzazione dell'impresa e segnatamente del datore di lavoro, secondo la logica della responsabilità c.d. di posizione.¹⁰²

A questa estensione tendenzialmente illimitata della responsabilità penale del datore di lavoro contribuisce, certamente, la facile manipolabilità degli obblighi desunti dall'art. 2087 c.c.: in particolare, il generico obbligo di adeguamento delle misure prevenzionistiche o il generico e capillare obbligo di vigilanza sull'attività di tutti i soggetti subordinati.¹⁰³

Infatti, l'iter argomentativo, soventemente seguito dalla giurisprudenza di legittimità muove da due immancabili premesse:

- a) il datore di lavoro è garante della salute e sicurezza dei lavoratori, ex art. 2087 c.c., con la conseguenza che, qualora non ottemperi agli obblighi di tutela, l'evento lesivo gli viene addebitato ex art. 40, comma 2, c.p.;
- b) la colpa del lavoratore non è di regola in grado di esonerare il datore di lavoro da responsabilità.¹⁰⁴

Il rischio derivante dalle suddette considerazioni è quello di un'aprioristica attribuzione di responsabilità in capo al datore di lavoro di cui sembra

¹⁰² LEONCINI, *Obbligo di impedire l'infortunio*, in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010. Cit. 115 ss.

¹⁰³ Si veda sul punto MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli, 2012, 169 ss. L'Autrice sottolinea come queste due cautele siano "generalissime e di principio idonee a coprire qualunque sviluppo accademico non previamente regolato".

¹⁰⁴ LEONCINI, *Obbligo di impedire l'infortunio*, in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010. Cit. 115 ss

pretendersi onnipresenza e onniscienza, disconoscendo quella quota di rischio inevitabilmente presente nell'attività lavorativa ed espressamente tollerata dalla normativa di settore.

Innanzitutto l'articolo 2087 c.c. non può, *ex se*, fondare la responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento in quanto, come si evince anche dal breve *excursus* sull'evoluzione della sua rilevanza penale compiuto nel primo capitolo, la copiosa legislazione prevenzionistica, riordinata oggi nel Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ha conferito al suddetto articolo un ruolo marginale, più propriamente di valenza interpretativa.

Il 2087 c.c. non può porsi in via autonoma ed esclusiva a fondamento della responsabilità del datore di lavoro poiché se da un lato consente sicuramente di identificare il garante e il destinatario della tutela, dall'altro, per ragioni di tassatività, necessita dell'integrazione della normativa di settore per la corretta individuazione di quegli obblighi impeditivi che riempiono di contenuto la posizione di garanzia.

Una volta, poi, definiti gli obblighi del garante, verificare la loro sussistenza non basta ad imputare l'evento infortunio in capo all'apicale, essendo imprescindibile il concreto accertamento del nesso causale e della colpa.

Eppure, una tale esigenza non sembra essere avvertita da quell'orientamento giurisprudenziale incline a ravvisare la responsabilità del datore di lavoro sulla sola base di due presupposti:

- a) esistenza della posizione di garanzia;
- b) verifica dell'evento.

Si tratta di un orientamento che nega, quindi, l'operatività, in materia antinfortunistica, dei principi di auto-responsabilità e di affidamento, propendendo per una responsabilità "di posizione" dei soggetti apicali ed *in primis* del datore di lavoro.

In ossequio al principio di auto-responsabilità ciascun soggetto è tenuto all'osservanza delle norme cautelari concernenti le attività rischiose da lui poste in essere e pertanto risponde degli eventi dannosi derivanti da sua eventuale inosservanza.

Mentre in base al principio di affidamento, ciascun soggetto, almeno in via di principio, deve poter confidare sulle altrui osservanze e non risponde degli eventi dannosi derivanti dalle inosservanze altrui.¹⁰⁵

Negare eventuali margini di auto-responsabilità del lavoratore significa non tener conto della radicale inversione di rotta, avvenuta già con l'entrata in vigore del d.lgs.626/1994 e poi consolidata con il d.lgs.81 del 2008, che ha sancito un profondo mutamento della figura del lavoratore: da mero destinatario passivo delle misure prevenzionistiche a partecipe attivo del sistema di sicurezza¹⁰⁶ (vedi art.20 del TU).

Per concludere, ritenere in ogni caso esistente la responsabilità del datore di lavoro equivale a riversare interamente sullo stesso il rischio d'impresa respingendo l'idea di quel rischio "consentito" proprio delle attività rischiose giuridicamente autorizzate per la loro utilità sociale, tra le quali rientra chiaramente l'attività lavorativa.

In verità, invece, è lo stesso Testo Unico ad ammettere in seppur minima misura la presenza del rischio: l'art.15, infatti, alla lettera c parla di "*eliminazione dei rischi e, ove ciò non sia possibile, la loro riduzione al minimo in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico*" o ancora, alla lettera e "*riduzione dei rischi alla fonte*" e infine, alla lettera g "*limitazione al minimo del numero dei lavoratori che sono, o che possono essere, esposti al rischio*".

¹⁰⁵ Per le definizioni riportate v. F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. Pen.* 2009 cit. 543; per un'approfondita analisi sul principio di affidamento v. M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

Contro l'operatività del principio di affidamento in materia di sicurezza sul lavoro si veda, invece, la sentenza della IV sezione della Corte di Cassazione n. 27961 del 2008, secondo cui il datore di lavoro non può invocare suddetto principio in presenza di una situazione giuridica che gli impone un'attività di controllo e vigilanza.

¹⁰⁶ PULITANÒ, *Igiene e Sicurezza del lavoro (tutela penale)* in *Dig. Pen. Agg.*, Torino 2000.

2.5. L'accertamento causale in caso di esposizione a sostanze tossiche.

Settore nevralgico per l'accertamento del nesso causale, quello delle malattie professionali contratte in seguito ad esposizione a sostanze nocive è un ambito che mette a dura prova il paradigma condizionalistico delineato dalla Corte di Cassazione nella sentenza Franzese che, in breve, non si accontenta di individuare una legge di copertura sotto la quale sussumere l'evento nei suoi aspetti tipici e ripetibili ma richiede una valutazione circa l'affidabilità della legge nel caso concreto attraverso l'esclusione di decorsi causali alternativi.

È sicuramente un accertamento rigoroso che cala il coefficiente statistico di probabilità, indicativo di una causalità generale, nella caratterizzazione del fatto storico in modo da verificarne, sul piano della causalità individuale, una credibilità razionale che assicuri la certezza "oltre il ragionevole dubbio".

Un siffatto metodo pare entrare in crisi quando, alla luce del notevole lasso di tempo intercorrente tra il momento dell'innescamento della patologia e quello della sua manifestazione, si constata che possono aver interagito nell'ambito del decorso causale una molteplicità di fattori la cui esclusione non può poggiare su consolidate riflessioni scientifiche.

Spesso, infatti, è la stessa scienza ad avanzare dubbi ed incertezze: potranno aversi più spiegazioni causali, nessuna in grado di escludere l'altra.

Quanto più è alto il numero dei fattori di confondimento (abitudini di vita del lavoratore, alimentazione, predisposizione genetica) tanto più l'accertamento deve essere rigoroso, secondo l'insegnamento della Franzese: la relazione espressa dal coefficiente statistico deve essere vagliata ed approfondita alla luce delle evidenze disponibili tenendo sempre bene a mente la struttura bifasica dell'accertamento.

Questo modello viene "celatamente" tradito dalla giurisprudenza successiva che si arresta all'accertamento della causalità generale, lasciando vuoto il quadro probatorio per quel che concerne la causalità individuale.

Questa tendenza trova spiegazione nel fatto che di fronte ad incertezze scientifiche vengono sempre più spesso utilizzate come leggi di copertura leggi statistiche di natura epidemiologica.

L'asserzione epidemiologica in sé e per sé non è eloquente riguardo al singolo caso in quanto l'epidemiologia è una scienza che studia l'incidenza di fattori patogeni su classi di individui al fine di evidenziarne associazioni causali di carattere statistico o frequentistico.¹⁰⁷

Quando invece la patologia è ad eziologia sostanzialmente monofattoriale il problema che si pone è un altro: nell'ambito di un'esposizione prolungata, che spesso abbraccia un arco temporale di interi decenni, come fare ad individuare il preciso momento di innesco del processo patologico, affinché si possa attribuire la responsabilità ad un soggetto tra tutti coloro che si sono succeduti nella gestione dell'impresa proprio in quell'arco di tempo.

Vediamo di seguito come la giurisprudenza ha proceduto all'accertamento del nesso eziologico sia in ipotesi di patologia monocausale che di patologia pluricausale nell'ambito dell'esposizione all'amianto.

2.5.1. Ipotesi di patologia monofattoriale: asbestosi

Con il termine monofattoriale si intendono tutte quelle patologie che la scienza pacificamente ritiene riconducibili ad una sola causa.

È questo il caso dell'asbestosi: malattia polmonare univocamente legata all'esposizione all'amianto¹⁰⁸.

Sapere scientifico consolidato ha dimostrato come l'inalazione di fibre di amianto e l'accumulo delle stesse nei polmoni possa determinare suddetta

¹⁰⁷ Sul problema dell'utilizzabilità di evidenze epidemiologiche si veda VILLANI, *Il caso petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e nesso di causalità*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, Bologna, 2015.

¹⁰⁸ L'asbesto (noto anche come amianto), grazie alle sue caratteristiche di resistenza meccanica, elettrica, chimica e termica, è stato utilizzato ampiamente, fino a tempi recenti, nel campo dell'edilizia (cfr Eternit), dell'industria navale, ferroviaria, automobilistica, chimica, alimentare, metallurgica, delle materie plastiche, nonché in svariati campi come materiale antincendio. Attualmente, estrazione, importazione e uso dell'asbesto sono stati proibiti in molti paesi (in Italia con la Legge n. 257/1992). Dal 1960 l'amianto è stato sostituito da altri materiali, ad esempio la fibra di vetro.

patologia che consiste in un progressivo indurimento dei tessuti polmonari cui si collegano ulteriori disfunzioni dell'organismo che possono avere esito letale.¹⁰⁹ In ragione della lunghissima latenza delle malattie amianto-correlate e della conseguente necessità di sviluppare l'indagine causale all'interno di un ampio arco temporale si pone il problema della plurime esposizioni in quanto sono innumerevoli le occasioni di subire esposizioni all'amianto diverse da quella riferibile al singolo imputato.

Più precisamente può accadere che la persona offesa sia stata esposta ad amianto in occasioni temporalmente e o spazialmente distinguibili, ad, esempio, presso diverse fabbriche, oppure alternando esposizioni di tipo residenziale (dipendenti quindi dalla presenza di amianto in prossimità della propria abitazione) a esposizioni di tipo professionale: in questo caso parliamo di successione di esposizioni. Parliamo, invece, di successione di garanti o di posizioni di garanzia quando il soggetto ha subito un'unica e protratta esposizione presso la medesima fabbrica e in quell'arco temporale si sono succeduti più garanti.

A questo punto è lecito il dubbio: la patologia potrebbe essere stata interamente causata da un'esposizione all'amianto diversa da quella riferibile all'imputato o perché avvenuta in un momento successivo o precedente a quello in cui egli aveva ricoperto una posizione di garanzia nell'impresa o perché avvenuta presso una fabbrica diversa da quella in cui ricopriva suddetta posizione. Sarà, dunque, questo il campo d'indagine della causalità individuale.

Tuttavia è stato scientificamente rilevato che più polveri si inalano e più si ottiene l'effetto di indurimento dei tessuti polmonari (c.d. natura dose-correlata della patologia) e dunque il caso si risolve attribuendo l'effetto di concausa ad ogni successiva esposizione in applicazione dell'articolo 41 commi 1 e 3 del codice penale.

In realtà, in questo caso il vero problema è che soltanto nel 1992 con la legge n.257 è stata vietata la produzione e l'utilizzo di amianto in Italia; ma i primi impieghi risalgono alla fine dell'Ottocento quando la scienza non ancora

¹⁰⁹ Sulla ricostruzione dell'eziopatogenesi si veda approfonditamente ZIRULIA, *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale* in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di) *Casi di diritto penale dell'economia*, Bologna, 2015.

conosceva le potenzialità nocive di questa sostanza. Pertanto, non avendo contezza del rischio, non erano immaginabili norme prevenzionistiche.

2.5.2. Ipotesi di patologie multifattoriale: tumore polmonare e mesioteloma pleurico.

È multifattoriale quella patologia la cui insorgenza è riconducibile a più fattori: un classico esempio è quello del tumore polmonare nel lavoratore esposto ad amianto ed al contempo fumatore.¹¹⁰

In questi casi la prova della causalità risulta assai complessa anche in ragione delle lacune conoscitive relative all'eziopatogenesi delle patologie di carattere tumorale.

Sul piano della causalità generale, si è soliti invocare il modello multistadio della cancerogenesi¹¹¹, secondo cui la formazione del cancro consiste in un processo a più tappe suscettibile di essere accelerato da ogni nuova esposizione al fattore di rischio.

Si tratta di una legge scientifica basata in parte su modelli biologici descrittivi delle mutazioni cellulari, e in parte su indagini epidemiologiche, le quali, osservando la diretta proporzionalità tra concentrazione di fibre di amianto nell'aria e incidenza dei tumori, giungono, attraverso modelli matematici, ad affermare che il protrarsi dell'esposizione nel tempo è in grado di accorciare la latenza della neoplasia.¹¹²

Inoltre con riferimento al tabagismo come possibile fattore di rischio alternativo, la giurisprudenza maggioritaria¹¹³ si avvale solitamente di una legge scientifica

¹¹⁰ Esempio riportato da BLAIOTTA in Cassazione Penale 2006 “*La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*”.

¹¹¹ Vedi caso Eternit ovvero caso Fincantieri.

¹¹² ZIRULIA, *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, cit. 84.

¹¹³ La sentenza di primo grado sul caso Eternit (Trib. Torino 13 febbraio 2012, imp. Schmidheiny e altro) riporta, a tal proposito, il passaggio della deposizione di una c.t. del PM, nel quale

che descrive l'azione sinergica tra amianto e fumo di sigaretta nel senso che la compresenza di entrambi i fattori determina una più rapida progressione del processo di carcinogenesi, rendendo così applicabile la categoria delle concause e facilitando l'affermazione secondo cui l'amianto è stato *condicio sine qua non* dell'evento.

In una recente sentenza¹¹⁴ la IV sezione penale della Corte di Cassazione afferma il seguente principio di diritto: nel caso di patologie multifattoriali (come il carcinoma) è necessario dimostrare che la malattia non ha avuto un'esclusiva origine nel diverso fattore astrattamente idoneo, e che l'esposizione al fattore di rischio di matrice lavorativa è stata una condizione necessaria per l'insorgere o per una significativa accelerazione della patologia.

La tendenza ad ammorbidire la linea di accertamento rigorosa tracciata dalla Franzese è lampante: non esclusione dei decorsi causali alternativi ma dimostrazione della non esclusività del diverso fattore.

Il fattore causale alternativo sembra venir confuso con la concausa.

Nonostante nella suddetta pronuncia sia richiamata la sentenza Franzese, la conformità ai suoi principi pare essere soltanto formale.

L'elevato grado di credibilità razionale non si fa discendere dall'esclusione dei fattori causali alternativi che andrebbero ad innalzare il grado di affidabilità "logica" della legge di copertura scelta; «nel caso di malattia multifattoriale -

vengono spiegati i meccanismi biologici alla base dell'effetto sinergico tra fumo e amianto: «il fumo può interferire con la clearance, cioè con la rimozione, eliminazione delle fibre di asbesto dai polmoni [...]. Il fumo può facilitare la penetrazione delle fibre di asbesto nella mucosa bronchiale, perché altera la mucosa [...]. Le fibre di asbesto, da un punto di vista chimico, possono assorbire i carcinogeni contenuti nel fumo di tabacco, e quindi, trasportandoli, liberandoli in alte concentrazioni all'interno delle cellule, rendono ancora più potente l'effetto cancerogeno del fumo»

¹¹⁴ Cass. Pen. Sez. IV, sent. 17 ottobre 2012 n.42519 La S.C. ha annullato la sentenza d'appello con la quale era stato condannato il datore di lavoro per omicidio colposo in relazione alla morte, per carcinoma polmonare, di un operaio addetto alla "targhettatura" delle navi presso il porto di Taranto. Al datore di lavoro veniva rimproverato di non aver adottato le misure antinfortunistiche imposte dalla legge idonee a ridurre il rischio da esposizione a sostanze tossiche (quali, polveri contaminate da silice cristallina e idrocarburi).

osserva ulteriormente la Corte - quell'elevato grado non potrà mai dirsi raggiunto prima di e a prescindere da un'approfondita analisi di un quadro fattuale il più nutrito possibile di dati relativi all'entità dell'esposizione al rischio professionale, tanto in rapporto all'entità degli agenti fisici dispersi nell'area che in rapporto al tempo di esposizione, tenuto altresì conto dell'uso di eventuali dispositivi personali di protezione; dati che devono poi essere necessariamente correlati alle conoscenze scientifiche disponibili».

Sembra poter bastare, dunque, una prova, seppur tesa a meticolosi riscontri sul piano fattuale, che affermi la “non insufficienza” a determinare l'evento di ciascun fattore causale alternativo: il giudizio sarà volto ad accertare la “non implausibilità” dell'interferenza di decorsi causali alternativi, sovvertendo, in un certo senso, i termini dell'accertamento costruito sul modello della sentenza Franzese.

La dimostrazione causale si fonda, quindi, sull'accelerazione dell'iniziazione o della promozione del processo tumorale.

Il discorso poggia sul piano di una causalità condizionalistica ma in un'ottica diversa da quella tradizionale: eliminando mentalmente le esposizioni massive attribuite all'imputato, si avrebbe una maggiore durata del periodo che precede l'iniziazione o di quello di latenza, con un effetto di allungamento della vita.¹¹⁵ Ma sostenere che l'agente tossico abbia quantomeno interagito con i fattori causali alternativi, per la verità qui considerati come mere concause dell'evento, accorciandone i tempi di latenza o aggravandone gli effetti, crea non poche perplessità legate al mancato accertamento nel singolo caso concreto di una effettiva intergenza di fattori.

Con una sentenza di poco successiva¹¹⁶ la Corte perviene ad un giudizio di responsabilità attraverso una ricostruzione della causalità individuale fondata non solo su leggi epidemiologiche, ma anche su risultanze medico-legali di

¹¹⁵ È questa l'impostazione della sentenza Macola dell'11 luglio 2002, divenuta poi dominante in giurisprudenza, spiegata da BLAIOTTA in Cassazione Penale 2006 “*La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*”.

¹¹⁶ Cass. N.37762/2013

natura individualizzante: nel caso di specie si è data rilevanza alle caratteristiche istologiche del singolo tumore.

In questo caso la compresenza dei due fattori consente unicamente una valutazione di prevalenza tra i due; non essendo pertanto possibile escludere a priori uno dei due fattori che potenzialmente avrebbe potuto scatenare l'insorgere della patologia, al fine dell'accertamento del nesso causale il giudice deve, come di norma in casi analoghi, effettuare un giudizio controfattuale, attraverso un'operazione di eliminazione mentale della condotta addebitata agli imputati e la successiva constatazione se dall'eliminazione sia scaturita altresì l'eliminazione dell'evento.

Sul punto nella sentenza si legge che *"la compresenza, per le persone offese, dell'esposizione ai due fattori cancerogeni, laddove, ed i periti sono tutti concordi sul punto, l'uno non esclude l'altro, essendo, quindi, consentita una valutazione di prevalenza tra i due (...), determina che il giudizio controfattuale va effettuato con l'eliminare, nei casi concreti, mentalmente il fattore professionale per verificare se le vittime, anche in presenza del fattore abitudine al fumo, non si sarebbero ammalate o avrebbero contratto la patologia tumorale in epoca significativamente posteriore"*

Il merito della sentenza¹¹⁷, seppur riferita all'esposizione di una sostanza diversa dall'amianto, è quello di aver individuato un fattore in grado di consentire di pervenire ad un accertamento della causalità individuale: le caratteristiche istologiche del tumore.

Questo dovrebbe fungere da stimolo anche in relazione ai carcinomi insorti per esposizione ad amianto perché eviterebbe il ricorso allo strumento logico della concausalità che poggia attualmente su un riconosciuto effetto sinergico dei fattori interagenti, e favorirebbe una più corretta e convincente individualizzazione.

È multifattoriale per definizione anche il mesotelioma pleurico: neoplasia che nella maggior parte dei casi è riconducibile all'esposizione all'amianto ma,

¹¹⁷ Per un'approfondita analisi della sentenza si veda BRAMBILLA, *Malattie professionali e nesso causale: una interessante pronuncia della Corte di Cassazione in tema di accertamento della causalità individuale*, in www.penalecontemporaneo.it

seppure in percentuali marginali, potrebbe essere ricondotta ad altri fattori causali, quali eronite, radiazioni ionizzanti o infiammazioni croniche.

In verità, spesso, il mesotelioma viene descritto dalla scienza come “tumore sentinella” di pregresse esposizioni ad amianto, proprio in ragione dell’altissima frequenza di casi in cui non vi è altra spiegazione possibile della sua insorgenza. Tuttavia in merito alla ricostruzione dell’eziopatogenesi il panorama delle opinioni è assai variegato.

Di una tale varietà si può aver contezza attraverso una disamina della c.d. sentenza Cozzini¹¹⁸, pronuncia con cui la IV sezione individua i criteri per la scelta della legge scientifica più affidabile, nonché per lo svolgimento del giudizio di causalità individuale.

La Quarta Sezione della Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la pronuncia con la quale la Corte d’Appello di Trento aveva condannato dodici ex responsabili della Ferrovie Trento Malè S.p.A. per omicidio colposo, in relazione alla morte di un dipendente che aveva contratto un mesotelioma pleurico dopo aver svolto, senza adeguate protezioni, mansioni di riparazione della carrozze ferroviarie che lo mettevano a contatto con fibre di amianto.

La vittima era stata esposta alla sostanza cancerogena dal 1971 al 1982, e per tale motivo la Corte d’Appello aveva riconosciuto sussistente in capo a tutti gli imputati, che si erano susseguiti nella titolarità di posizioni di vertice all’interno dell’azienda, la posizione di garanzia.

Cioè, si era ritenuto che ogni singola omissione avesse costituito una concausa dell’evento letale: questo lo si sosteneva facendo leva su indagini epidemiologiche che attribuivano al mesotelioma pleurico la natura dose-correlata, in virtù della quale il mancato abbattimento dei livelli di fibre aerodisperse comportava l’accelerazione del decorso causale della cancerogenesi e dunque l’anticipazione dell’evento letale.

La Suprema Corte rileva due principali difetti di motivazione: il primo afferente alla causalità generale, il secondo riguardante la causalità individuale.

¹¹⁸ Cass. Pen. Sez.IV 17 settembre 2010 n.43786

A questo punto è bene rammentare cosa debba intendersi con queste due distinte nozioni.

La causalità generale consiste nella sussunzione degli accadimenti concreti in una legge scientifica affidabile che individui successioni regolari tra classi di accadimenti di quel tipo; la causalità individuale, invece, si sostanzia nella corroborazione del sapere scientifico alla luce delle circostanze del caso concreto, al fine di stabilire – specie attraverso l’esclusione di autonomi decorsi causali alternativi – se, nel caso di specie, si sia davvero verificata quella correlazione causale che la legge scientifica individuata – avente natura statistica – afferma avvenire in una certa percentuale di casi, e, dunque, se si possa affermare la sussistenza del nesso eziologico “con alto grado di credibilità razionale o probabilità logica”.

I criteri utilizzati dai giudici di merito per scegliere la legge scientifica, alla stregua della quale sono addivenuti alla conclusione che il mesotelioma è una patologia dose-correlata, vengono ritenuti inadeguati dalla Corte di Cassazione, che illustra nella sentenza i criteri che dovrebbero guidare il giudice nella scelta della legge di copertura.

È fondamentale, infatti, poter discernere a seconda che ci si trovi di fronte ad un enunciato scientifico la cui validità è pacificamente accolta nel panorama della letteratura specialistica, ovvero si tenti di affermare una teoria che ha le evidenti sembianze di una mera congettura, ovvero ancora vi siano più teorie diverse tra loro ma tutte astrattamente plausibili.

Tra le teorie più estreme in materia si annovera quella della “trigger dose” secondo cui basterebbe l’inalazione di una sola fibra di amianto ad innescare il processo carcinogenetico, pertanto non si potrebbe mai escludere che la vittima abbia inalato l’unica dose di amianto responsabile del tumore e della morte in un momento di vita diverso dall’esposizione subita durante la titolarità della posizione di garanzia di un certo imputato.

È di tutta evidenza l'impraticabilità della tesi che va degradata a vera e propria congettura.¹¹⁹

Al contrario, la scelta tra le due ipotesi plausibili dell'eziologia dose-dipendente e l'eziologia dose-indipendente del mesotelioma dovrà fondarsi su: l'esame di studi che sorreggono ciascuna teoria, la valutazione *“dell'integrità delle intenzioni”* degli esperti nominati nel processo penale e la ricostruzione del dibattito scientifico internazionale al fine di selezionare, tra le ipotesi prospettate, quella *“sulla quale si registra un preponderante e condiviso consenso”*.

Passando, poi, al secondo la vizio, la Corte evidenzia la totale assenza di un accertamento circa la causalità individuale: *“per ciò che attiene ai segni di accelerazione, il quadro probatorio è vuoto”*.

I giudici di merito hanno limitato la verifica del nesso eziologico all'individuazione di una legge di copertura, ritenendo sufficiente la sua efficacia esplicativa circa la relazione tra la patologia e l'esposizione ad amianto, non preoccupando di dimostrare la sua validità su un piano concreto, prescindendo totalmente dalla credibilità razionale.

Questo il monito della Cassazione quanto all'itinerario probatorio da percorrere in sede di rinvio:

“1. Se presso la comunità scientifica sia sufficientemente radicata, su solide ed obiettive basi una legge scientifica in ordine all'effetto acceleratore della protrazione dell'esposizione dopo l'iniziazione del processo carcinogenico.

2. Nell'affermativa, occorrerà determinare se si sia in presenza di legge universale o solo probabilistica in senso statistico.

3. Nel caso in cui la generalizzazione esplicativa sia solo probabilistica occorrerà chiarire se l'effetto acceleratore si sia determinato nel caso concreto alla luce di definite e significative acquisizioni fattuali.

4. Infine, per ciò che attiene alle condotte anteriori all'iniziazione [...] si dovrà appurare se, alla luce del sapere scientifico, possa essere dimostrata una sicura

¹¹⁹ *“ un ubiquitario rischio infinitesimale, teorico, non può essere realisticamente raffrontato con il rischio davvero elevatissimo determinato dal continuo contatto con fibre aerodisperse e drammaticamente concretizzatosi.”*

relazione condizionalistica rapportata all'innescò del processo carcinogenetico”.

Per concludere, la certezza processuale non pretende di eliminare quelle irriducibili incertezze proprie della scienza in merito alla materia in esame, esige piuttosto un'analisi scrupolosa che non si accontenti di meri rilievi epidemiologici ma si sforzi di rapportarli, sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili, al caso concreto senza arrestarsi ad un piano di accertamento esclusivamente generale.

2.5.3. Il ricorso alla categoria delle concause

Il tema delle concause viene affrontato dal legislatore all'articolo 41 del codice penale: *“Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra la azione od omissione e l'evento.*

Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento. In tal caso, se l'azione od omissione precedentemente commessa costituisce per sé un reato, si applica la pena per questo stabilita.

Le disposizioni precedenti si applicano anche quando la causa preesistente o simultanea o sopravvenuta consiste nel fatto illecito altrui.”

Mentre il secondo comma si occupa di disciplinare l'ipotesi di interruzione del nesso causale che viene correttamente invocata, nel caso di specie, quando la condotta del lavoratore assume il connotato di abnormità, inserendo così nella catena causale un fattore causale nuovo o completamente esorbitante rispetto a quello originariamente introdotto dal soggetto titolare della posizione di garanzia; focalizziamo l'attenzione, invece, sui commi uno e tre, di sovente invocati al fine di superare le difficoltà connesse all'accertamento del nesso causale in ipotesi di malattie professionali monofattoriali o plurifattoriali.

Come si è avuto modo di constatare nei precedenti paragrafi, la giurisprudenza è solita asserire che, con riguardo alle patologie multifattoriali, l'esposizione

all'agente tossico addebitata all'imputato ha quanto meno interagito con i fattori causali ulteriori e indipendenti dalla sua condotta (come l'abitudine del fumo), accorciando i tempi di latenza e accelerando la stessa virulenza della patologia, così da incidere sulla fisionomia dell'evento.

Allo stesso modo, per quel che riguarda la successione di più soggetti nella posizione di garanzia, si è soliti affermare che, anche ipotizzando che l'azione patogenetica si sia verificata nella prima fase dell'esposizione in cui era incaricato della gestione del rischio il soggetto A, l'esposizione successiva – addebitabile ai soggetti B e C – ha comunque interagito con quella precedente, aggravandone gli effetti sulla patologia già innescata, anche qui accorciando i tempi di latenza e aggravandone la virulenza.¹²⁰

Sembra, tuttavia, che l'utilizzo della categorie della concausa finisca per trasformare a monte possibili fattori causali alternativi in cause che in un modo o nell'altro hanno interagito nel decorso causale appellandosi a leggi che ne sanciscono la sinergia non sempre di comune accettazione nell'ambito della comunità scientifica.

Un pressapochismo di tal genere viola i più preziosi insegnamenti della sentenza Franzese.

È allo standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio che bisogna guardare: solo questo impedisce al giudice di accontentarsi della spiegazione scientifica (che affermi o neghi l'efficacia sinergica dei fattori "alternativi") più convincente ma esige innanzitutto leggi scientifiche tendenzialmente condivise e accreditate e soprattutto richiede di dimostrarne la validità, scandagliando ogni minimo segno e caratterizzazione del fatto così come storicamente accaduto.

Solo allora si potrebbe appurare che la concausa non è stata una comoda soluzione.

¹²⁰ In tal senso VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.penalecontemporaneo.it.

2.5.4. Possibili vie d'uscita:

- a) **Contestazione dei delitti di cui agli artt. 434 e 437 c.p. (reati contro l'incolumità pubblica);**
- b) **Tesi di Masera: le evidenze epidemiologiche sono sufficienti per pervenire alla condanna per omicidio o per lesioni personali.**

a) In particolar modo in tema di esposizioni a sostanze tossiche nell'ambito di processi produttivi, attestando la straordinaria complessità di operare un accertamento individuale per ogni singolo caso, si è pensato di contestare non più, o non solo, i reati di omicidio e lesioni personali a danno di tutti coloro che hanno contratto malattie correlabili a quelle sostanze, bensì reati contro l'incolumità pubblica.

Facendo leva sul rilevante numero di morti (si pensi a titolo esemplificativo al caso Eternit) si ritiene possibile l'adozione del concetto di disastro inteso come quel macro-evento che ha messo in pericolo la vita di un numero indeterminato di persone.

Se originariamente il disastro si riteneva integrato soltanto nel caso di un macro-evento di immediata manifestazione esteriore che si verifica in un arco di tempo ristretto, oggi, ad una lettura *ex post*, la giurisprudenza fornisce un'interpretazione più lata, amplificando il senso letterale fino a ricomprendervi la malattia professionale, ossia quell'evento non immediatamente percepibile, che si realizza in un periodo di tempo molto prolungato, sempre che, chiaramente, produca un pericolo per l'incolumità pubblica.

Sulla scia di questo ragionamento pare utilizzabile nelle contestazioni il delitto c.d. di disastro innominato, previsto dall'articolo 434 c.p.¹²¹ e il delitto di rimozione od omissione dolosa di cautele contro gli infortuni

¹²¹ *Chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni. La pena è della reclusione da tre a dodici anni se il crollo o il disastro avviene.*

sul lavoro di cui all'articolo 437 c.p.¹²², il cui secondo comma prevede una pena più grave “se dal fatto deriva un disastro o un infortunio”.

Il vantaggio risiede nell'utilizzo delle evidenze di natura epidemiologica, che si limitano ad attestare significativi eccessi nell'incidenza di determinate patologie nella popolazione esposta ai fattori tossici riconducibili all'attività produttiva gestita dagli imputati, rispetto all'incidenza che si potrebbe attendere in una popolazione di soggetti non esposti.

La tesi è stata recentemente accolta, benché ai soli fini della decisione sull'ammissione della prova testimoniale, dal Tribunale di Torino nel caso Eternit, laddove i giudici hanno affermato che non è ammissibile la richiesta di sentire come testimoni tutte le persone offese indicate nel capo d'imputazione, posto che per l'accertamento dei reati contestati, anche nella loro forma aggravata, non è necessaria la prova della derivazione causale della singola forma patologica, ma è sufficiente la prova di una correlazione epidemiologica tra l'esposizione alla sostanza e le patologie insorte nelle persone offese.

Tuttavia all'accoglimento di questa soluzione di frapongono due ostacoli, limpidamente evidenziati dallo studioso Viganò:

1. identificare il disastro tout court come situazione pericolosa per la salute e la vita di una pluralità indeterminata di persone prescindendo dalla verifica di un evento distruttivo e dunque dall'elemento del “danno” significherebbe rendere indistinguibile il “disastro” dal “pericolo di disastro”, a meno che per danno si voglia intendere l'eccesso di mortalità riscontrato nella popolazione (come è stato asserito in sede di commento della sentenza Eternit);¹²³

¹²² *Chiunque omette di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni.*

Se dal fatto deriva un disastro o un infortunio, la pena è della reclusione da tre a dieci anni.

¹²³ Sulla contestazione della fattispecie di disastro si veda CASTRONUOVO, *Il caso Eternit: omissioni di cautele antinfortunistiche e disastro ambientali dolosi*, in FOFFANI-CASTRONUOVO

2. l'articolo 434 c.p. richiedendo un "fatto diretto a cagionare" prevede quale elemento soggettivo del reato il dolo specifico che diviene, poi, nel secondo comma, in caso di verifica effettiva del disastro, dolo intenzionale, ma in ogni caso quasi sempre incompatibile con i casi in esame.

Quanto al delitto di cui all'art. 437, ai problemi inerenti all'evento disastro, testé evidenziati, si sommano quelli afferenti alla nozione di "infortunio". Il termine viene infatti solitamente riferito agli eventi patologici occorsi ai dipendenti dell'impresa e non a quelli che interessano la popolazione circostante, pertanto si riproporrebbero i problemi di accertamento del nesso di causalità individuale tra l'esposizione alla sostanza tossica e il prodursi della patologia in ogni singola persona offesa.¹²⁴

- b) Via d'uscita alternativa è rappresentata dalla tesi elaborata da una parte della dottrina.

Questa muove dalla premessa secondo cui *"vi è una irriducibile discrasia tra il dato conoscitivo che la scienza pone a disposizione del giudice (la correlazione epidemiologica tra sostanza e malattia), e l'oggetto della prova che il pubblico ministero deve fornire per pervenire*

(a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, vol.II, Bologna, 2015, che sul punto cita GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica, I: reati di comune pericolo mediante violenza*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da) trattato di diritto penale, parte speciale I, vol. IX, Milano. *"La contestazione di una fattispecie di disastro presuppone logicamente la possibilità di indentificare gli estremi spaziali e temporali del fatto, ai fini della relativa sussunzione. [...] I peculiari eventi selezionati dal legislatore nel capo I identificano accadimenti gravi e straordinari, macroscopici (talora addirittura catastrofici), di durata tendenzialmente circoscritta. Essi si debbono materializzare in un "epifemomeno", ovvero in una rapida modificazione di un contesto: la determinabilità delle coordinate spaziali e temporali risulta, in effetti, indispensabile ai fini della prova, consentendo l'individuazione delle cause, la commisurazione degli apporti, nonché la valutazione della dimensione effettuale del disastro. Strutturalmente la nozione di disastro presuppone, infatti, la concentrazione spazio-temporale, con caratteristiche di immediatezza incompatibili con la permanenza del reato"*.

¹²⁴ VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese* in www.penalecontemporaneo.it.

ad una sentenza di condanna (la causalità individuale tra la condotta del singolo imputato e la patologia del singolo lavoratore).”¹²⁵

Quindi, dice, per accertare la causalità individuale o vi sono elementi medico-legali in grado di individualizzare il giudizio eziologico (eventualità assai rara in ambito oncologico, dove il perché proprio in quel soggetto e non in un altro sia insorto un tumore è questione fondamentale ignota), oppure bisogna prendere atto che il tipo di conoscenza che la scienza medica è in grado di esprimere, essendo di natura epidemiologica, non ha la capacità di provare inferenze eziologiche a livello di singolo individuo, e dunque non è in grado di fondare un accertamento causale rilevante in sede penale.

La tesi intende invitare all'accettazione dell'impossibilità di praticare un'indagine eziologica rispetto ad ogni singolo individuo tra quelli interessati dalla patologia e avvalorare l'utilizzo degli strumenti d'indagine proprio dell'epidemiologia: sarebbero sufficienti per pervenire alla condanna per omicidio o per lesioni personali di chi abbia gestito i processi produttivi nei quali erano coinvolte sostanze nocive, omettendo di adottare le doverose cautele.

Si tratta di una tesi in linea con il senso comune e condivisibile da un punto di vista logico ma forse lontana dai canoni giuridici.¹²⁶

¹²⁵ MASERA, *La malattia professionale e il diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹²⁶ DONINI ritiene che la tesi possa al massimo condurre all'applicazione di figure di reato di comune pericolo e non invece, come vorrebbe Masera, di reati contro la persona.

CAPITOLO III

IMPUTAZIONE SOGGETTIVA DELL'EVENTO

SOMMARIO: 3.1. Inosservanza delle cautele doverose poste a tutela dell'incolumità fisica dei lavoratori e dei terzi: imputazione del reato di omicidio o lesioni a titolo di colpa – 3.2. I rischi di una responsabilità oggettiva – 3.3. Il principio di precauzione – 3.4. L'articolo 2087 c.c.: un comodo passpartout – 3.5. La sottile linea di confine tra la colpa cosciente e il dolo eventuale – 3.5.1. Il caso ThyssenKrupp: il fatto – 3.5.2. La prima sentenza: Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011 – 3.5.3. La sentenza d'appello: Corte d'Assise d'appello di Torino, 28 febbraio 2013 – 3.5.4. La decisione delle Sezioni Unite: sentenza n.38343/2014 – 3.5.5. Le obiezioni della dottrina

3.1. Inosservanza delle cautele doverose poste a tutela dell'incolumità fisica dei lavoratori e dei terzi: imputazione del reato di omicidio o lesioni a titolo di colpa.

Come si è avuto modo di evidenziare, l'attività produttiva è un'attività intrinsecamente pericolosa alla quale, tuttavia, non vi si può rinunciare, stante la sua utilità sociale: la contrapposizione tra l'esigenza di proteggere i beni giuridici minacciati dall'attività rischiosa (ossia la salute e l'integrità fisica del lavoratore) e il dovere di non pregiudicare esigenze d'interesse collettivo legate all'esercizio di un'attività economica, necessita, quindi, di un opportuno bilanciamento.

La soluzione al conflitto di interessi contrapposti, che evidentemente insorgono specie nell'ambito del c.d. rischio consentito, va ricercata nella predisposizione di regole cautelari atte ad evitare lesioni al bene giuridico attraverso l'individuazione di modalità di condotta, ritenute idonee sulla base di giudizi di prevedibilità ed evitabilità di determinati eventi.

L'attuale modello di sicurezza sul lavoro, plasmato dal Testo Unico n.81 del 2008, si avvale di un fitto numero di regole comportamentali frutto della legislazione di settore, da un lato, e dell'autonormazione, dall'altro, con lo scopo precipuo di esaurire le misure prevenzionistiche cui l'imprenditore dovrà

attenersi, nell'intento – forse solo apparentemente realizzato – di soddisfare esigenze di determinatezza e conoscibilità del precetto.

Così la violazione di una norma cautelare antinfortunistica, che abbia in concreto determinato il verificarsi di un incidente sul lavoro, determinerà l'insorgenza di una responsabilità colposa in capo al datore di lavoro, ricorrendo alle figure delittuose di omicidio o lesioni personali di cui agli articoli 589¹²⁷ e 590¹²⁸ del codice penale.

¹²⁷ Articolo 589 c.p. : *“Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. Se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro la pena è della reclusione da due a sette anni. Si applica la pena della reclusione da tre a dieci anni se il fatto è commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale da:1) soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni;2) soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope. Nel caso di morte di più persone, ovvero di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse aumentata fino al triplo, ma la pena non può superare gli anni quindici”.*

¹²⁸ Articolo 590 c.p. : *“Chiunque cagiona ad altri, per colpa, una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi o con la multa fino a trecentonove euro. Se la lesione è grave, la pena è della reclusione da uno a sei mesi o della multa da centoventitre euro a seicentodiciannove euro; se è gravissima, della reclusione da tre mesi a due anni o della multa da trecentonove euro a milleduecentotrentanove euro. Se i fatti di cui al precedente capoverso sono commessi con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale o di quelle per la prevenzione degli infortuni sul lavoro, la pena per le lesioni gravi è reclusione da tre mesi a un anno o della multa da euro 500 a euro 2.000 e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da uno a tre anni. Nei casi di violazione delle norme sulla circolazione stradale, se il fatto è commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica ai sensi dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, ovvero da soggetto sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope, la pena per le lesioni gravi è della reclusione da sei mesi a due anni e la pena per le lesioni gravissime è della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni. Nel caso di lesioni di più persone si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la più grave delle violazioni commesse, aumentata fino al triplo; ma la pena della reclusione non può superare gli anni cinque. Il delitto è punibile a querela della persona offesa, salvo nei casi previsti nel primo e secondo capoverso, limitatamente ai fatti commessi con*

Si tratta di “classiche” fattispecie colpose di estrazione codicistica che, tuttavia, nell’ambito dell’organizzazione d’impresa e in contesti di incertezza scientifica e di continua evoluzione tecnologica, assumono evidentemente tratti peculiari. Pare opportuno, a questo punto, soffermare preliminarmente l’attenzione sull’elemento psicologico della colpa, al tempo stesso criterio d’imputazione soggettiva e criterio di tipicità del fatto oggettivo, nel senso che il reato colposo viene tipizzato non semplicemente dalla norma penale, bensì dalla combinazione di questa con le regole di diligenza pertinenti all’attività di volta in volta considerata.¹²⁹

Proprio nella dimensione oggettiva della colpa, ossia nella condotta violatrice della regola cautelare, volta a salvaguardare i beni giuridici¹³⁰, si coglie l’essenza normativa della responsabilità colposa, in quanto contraria alle cautele doverose. Si comprende sin da subito, quindi, il ruolo rilevante delle regole cautelari, nella cui inosservanza si sostanzia la colpa, che si atteggerà in modo diverso a seconda che le suddette regole siano state positivate o meno.

violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro o relative all'igiene del lavoro o che abbiano determinato una malattia professionale”.

¹²⁹ In questo senso MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 314; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, “la violazione delle norme a contenuto precauzionale caratterizza il reato colposo sotto un duplice punto di vista: oltre ad integrare cioè una specifica forma di colpevolezza, essa rileva già sul piano della tipicità, in quanto ogni illecito colposo si conforma sulla base del rapporto intercorrente tra la trasgressione del dovere oggettivo di diligenza e i restanti elementi della fattispecie incriminatrice.[...] Sul terreno del reato causalmente orientato con evento naturalistico il contenuto della regola cautelare si specifica, appunto, in rapporto all’evento da evitare.” Cit.545-546; CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. It. dir. proc.pen.* 2005, 316 “il riferimento per colpa è un riferimento ellittico che fa astrazione da (e quindi rinvia a) regole di corretto comportamento esterne alla singola disposizione incriminatrice” citato da MASULLO in *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*. Napoli, 2012; questo aspetto è stato anche riconosciuto dalla giurisprudenza: si veda in tal senso la sentenza della Corte di Cassazione n.4675 del 2007 sulla vicenda del petrolchimico di Porto Marghera.

¹³⁰ MANTOVANI, *Manuale*, cit.345 .

Ai sensi dell'articolo 43 c.p. il delitto è “*colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline*”.

Quando la regola cautelare non è stata normata dal legislatore, né da altra autorità pubblica o privata (si pensi al regolamento di fabbrica quale “disciplina”) ma viene desunta dagli usi sociali¹³¹, la sua violazione configura un'ipotesi di colpa generica: in questo caso, in sede di accertamento, bisognerà valutare la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento ricorrendo al canone dell'agente modello, c.d. *homo eiusdem professionis et condicionis* (quanto più possibile vicino all'agente reale, letteralmente: della stessa condizione e professione dell'agente concreto); a questo accertamento oggettivizzato segue, poi, un secondo momento di soggettivizzazione che si sostanzia nella valutazione della effettiva rimproverabilità del comportamento e guarda al grado di esigibilità della condotta alla luce del caso concreto.

Quando, invece, la regola cautelare è positivizzata e quindi cristallizzata all'interno di una legge, di un regolamento, di un ordine o di una disciplina, il giudizio di prevedibilità ed evitabilità viene già compiuto a monte e in astratto e l'accertamento della colpa implica un primo momento di verifica dell'inosservanza della regola cautelare a cui segue l'imprescindibile e delicato passaggio di verifica che l'evento che si è in concreto realizzato sia la concretizzazione dello specifico rischio che la norma cautelare violata mirava a prevenire (obliterare questo secondo momento significa correre il rischio di una responsabilità oggettiva); e solo a questo punto si potrà passare, anche qui,

¹³¹ Sono ricavate dall'esperienza della vita sociale le regole di diligenza, prudenza e perizia: si ha negligenza se la regola di condotta violata prescrive un'attività positiva; l'imprudenza consiste, invece, nella trasgressione di una regola di condotta da cui discende l'obbligo di non realizzare una determinata azione oppure di compierla con modalità diverse da quelle tenute; infine, l'imperizia rappresenta una forma di imprudenza o negligenza “qualificata” e si riferisce ad attività che esigono particolari conoscenze tecniche.

alla fase di accertamento della soggettiva rimproverabilità dell'evento, valorizzando la misura soggettiva della colpa, c.d. "colpevolezza della colpa".¹³² La copiosa legislazione prevenzionistica, nel settore della sicurezza sul lavoro, come poco fa si accennava, ha dato vita ad un nutrito elenco di regole cautelari, il cui contenuto modale, tuttavia, non è oggetto di puntuale descrizione ma spesso si limita, piuttosto, all'individuazione di misure di tutela generalmente idonee a ridurre o minimizzare il rischio, senza pretenderne – come si dovrebbe, da una regola propriamente cautelare – l'eliminazione.¹³³

Si tratta perlopiù di norme cautelari elastiche¹³⁴ che, seppur codificate, sembrerebbero più inclini all'accertamento tipico della colpa generica: data l'estrema elasticità della regola, invocare la sua positivizzazione al fine di ricondurre la sua inosservanza allo statuto della colpa specifica determina un'evidente semplificazione probatoria, sfuggendo ad una reale valutazione della prevedibilità e dell'evitabilità dell'evento che si realizzerebbe qualora si ricorresse al parametro dell'agente modello.

È emblematica la nozione di prevenzione che il Testo Unico n.81 del 2008 fornisce alla lettera n) dell'articolo 2: "*complesso delle disposizioni o misure necessarie anche secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica per evitare o diminuire i rischi professionali nel rispetto della salute della popolazione e dell'integrità dell'ambiente esterno*".

L'idea di predisporre misure al fine di evitare ovvero, laddove non sia possibile, di ridurre i rischi non è perfettamente sovrapponibile all'idea di predisporre misure volte ad evitare la verifica del danno (morte o lesione): la

¹³² L'espressione viene utilizzata da PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Diritto penale e processo* 9/2009.

¹³³ MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli 2012. L'Autrice parla di "cautele improprie" in quanto "*tarate non sulla loro capacità di impedire l'evento, con conseguente eliminazione del rischio, bensì, più modestamente, sulla loro capacità di diminuirlo o minimizzarlo*". Cit. 164.

¹³⁴ Sulla distinzione tra norme rigide e norme elastiche di veda MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*. 321.

percezione è di una «trasformazione della regola da “cautelare” a “cautelativa” »¹³⁵.

Tuttavia bisogna riconoscere che nell'odierna società del rischio, le innovazioni tecnologiche e le scoperte scientifiche rendono sempre più difficile codificare regole di diligenza il cui rispetto assicuri l'evitabilità l'evento: questo sembra aver legittimato la giurisprudenza a flessibilizzare e manipolare alcuni istituti del diritto penale, primo fra questi quello della colpa.¹³⁶

In particolar modo, al termine della vicenda giudiziaria, che ha interessato il Petrolchimico di Porto Marghera¹³⁷, da più parti¹³⁸ è stata evidenziata una “deformazione” della categoria della colpa, una “dissoluzione” o addirittura “trasfigurazione” dell'agente modello che hanno comportato una “destrutturazione della tipicità” dell'illecito colposo, uno stravolgimento della sua fisionomia tale da renderla indeterminata.

La Corte di Cassazione, infatti, pur precisando che la prevedibilità colposa debba essere valutata *ex ante*, alla stregua della miglior scienza ed esperienza del

¹³⁵ MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli 2012, cit. 163

¹³⁶ CASTRONUOVO in *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo* (www.penalecontemporaneo.it) compila un inventario delle morfologie che la colpa assume, o potrebbe/dovrebbe assumere, nel contesto lavorativo, alla luce dell'insoddisfacente utilizzo di un concetto unitario della colpa e asserisce: “*la prassi giurisprudenziale nel settore della responsabilità per omicidio o lesioni in ambito lavorativo restituisce una nozione multiforme di colpa, le cui fattezze presentano quale minimo comun denominatore un elemento soggettivo spesso conformato, quando non de-formato, dalle peculiarità del contesto di rischio/sicurezza, come pure dalle pressanti esigenze di giustizia provenienti dal caso concreto*”.

¹³⁷ Nel processo è stata affermata la responsabilità per omicidio colposo in relazione ad eventi di morte e di malattie di lavoratori che erano stati esposti a cloruro di vinile monomero in un'epoca in cui la causalità di quell'esposizione, in relazione a quelle patologie, era sospetta alla luce delle indagini scientifiche in corso, ma non era ancora stata accertata con certezza. La colpa, esclusa dal tribunale di Venezia, viene affermata dalla Corte d'Appello e confermata dalla Corte di Cassazione.

¹³⁸ ATTILI, *L'agente modello “nell'era della complessità”*. Tramonto, eclissi o trasfigurazione? In *Riv.it.dir.proc.pen.* vol.49 n.4, 1240ss.; MARINUCCI, *La responsabilità colposa. Teoria e prassi*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* vol.55 n.1, 1-18.

momento in cui la condotta contestata è stata effettivamente tenuta, estende oltremodo l'evento tipico e il correlato parametro di prevedibilità.

Si legge, in un passaggio relativo alla riconoscibilità dei rischi dell'attività lavorativa e dei potenziali sviluppi lesivi, che l'agente ha un obbligo *“di informazione in relazione alle più recenti acquisizioni scientifiche, anche se non ancora patrimonio comune ed anche se non applicate nel circolo di riferimento, a meno che non si tratti di studi isolati ancora privi di conferma”* e con riferimento alla prevedibilità dei suddetti rischi si ritiene sufficiente anche *“la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni, sia pure indistinta ma potenzialmente derivante dal suo agire, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad astenersi o ad adottare più sicure regole di prevenzione”*.

Un siffatto ragionamento ammette la contestazione all'imputato di una qualsivoglia violazione di cautela, che emerga da studi che superino appena lo stadio della mera congettura e che sia concepita per un evento che consiste in un generico danno alla salute o all'incolumità fisica.¹³⁹

Si comprende bene come una tale impostazione metta in crisi la stessa funzione garantista della regola cautelare, quale *“strumento selettivo delle condotte idoneo ad orientare consapevolmente l'agire del soggetto in vista dell'imputazione dell'evento secondo criteri di responsabilità colpevole sanciti dall'articolo 27 comma 1 della Costituzione”*¹⁴⁰.

È, forse, l'insistente esigenza di fornire una risposta punitiva *“a tutti i costi”* a viziare, nella prassi giurisprudenziale, l'istituto della colpa.

¹³⁹ Si veda sul punto NOTARO, *Il caso del Petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e colpa*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di), in *Casi di diritto penale dell'economia*, volume II, Bologna, 2015. ; MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli 2012, *“il progressivo ampliamento del dovere di diligenza si estende fino al punto di omettere, talvolta, perfino l'individuazione della specifica misura cautelare inosservata, appellandosi semplicemente alla violazione del dovere generale di sicurezza secondo cui il datore di lavoro sarebbe sempre tenuto a proteggere l'integrità dei lavoratori, sicché, si conclude aprioristicamente, ove lo avesse fatto, l'infortunio non sarebbe accaduto.”*

¹⁴⁰ In questo senso SCORDAMAGLIA, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in www.penalecontemporaneo.it .

Autorevole dottrina¹⁴¹ ha sintetizzato la tendenza ad individuare sempre e comunque in capo al datore di lavoro una condotta rimproverabile con la provocatoria espressione “dovere è potere”, alludendo all’opinione, assai comune in giurisprudenza, che, prescindendo da una concreta misurazione della prevedibilità e dell’evitabilità dell’evento e invocando l’importanza primaria dei beni in gioco, considera la figura del datore di lavoro responsabile per colpa in quanto titolare di un dovere di diligenza il cui corretto adempimento dovrebbe sempre poter evitare l’evento.

Una parte della dottrina¹⁴², diversamente dalle conclusioni a cui è giunta la Corte nel caso testé citato, aveva precisato che le conoscenze utili ai fini della riconoscibilità del rischio non possono essere quelle diffuse solo nella cerchia degli specialisti, bensì quelle che costituiscono patrimonio diffuso a partire da una certa data.

È chiaro che la conoscenza esigibile dal datore di lavoro fino a quella data non potrà essere tale da fondare un giudizio di rimproverabilità per colpa.

Il problema che si pone a questo punto è quello di stabilire il momento a partire dal quale si può parlare di conoscenza scientifica diffusa, specie in quelle particolari situazioni in cui intercorre un intervallo di tempo molto lungo tra l’utilizzo di una certa sostanza e la conoscenza diffusa della sua peculiare nocività (si pensi alle esposizioni all’amianto).

In questo caso, suggerisce questa dottrina, occorre in aiuto la figura dell’agente modello, avuto riguardo alle informazioni che questo era in grado di acquisire in un dato momento.

Tuttavia, entra in gioco, un altro fattore della realtà che risponde alle logiche più propriamente aziendali: i costi dell’ammodernamento dei sistemi di protezione. Potrebbe, infatti, accadere che l’azienda abbia sostenuto notevoli spese per l’innovazione tecnologica ai fini della sicurezza e poco dopo si diffondano conoscenze scientifiche che suggeriscono congegni di protezione più innovativi:

¹⁴¹ MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*. Napoli 2012, 182 ss.

¹⁴² MARINUCCI in ALESSANDRI (a cura di), *Diritto penale dell’impresa, Materiali per lo studio*, Torino, 2007.

il contenuto delle regole cautelari andrebbe costantemente mutato al ritmo dell'evoluzione tecnico-scientifica, ma una continua modificazione del dovere di diligenza rende scarsamente conoscibile il precetto allo stesso datore di lavoro che dovrebbe osservarlo, e sarebbe, così, esposto a responsabilità perennemente. In una pronuncia del 2006¹⁴³ la IV sezione della Corte di Cassazione ha riconosciuto che non si possa pretendere dall'imprenditore *“un'immediata sostituzione delle tecniche precedentemente adottate con quelle più recenti e innovative, dovendosi pur sempre procedere ad una complessiva valutazione sui tempi, modalità e costi dell'innovazione, purché i sistemi in atto garantiscano già un elevato livello di protezione degli interessi”*.

Dunque, massima sicurezza che sia ragionevolmente praticabile: questo non esonera certamente il datore di lavoro ad ottemperare all'obbligo previsto dall'art.18 lettera z) del d.lgs.81/2008 di *“aggiornare le misure di prevenzione in relazione[..] al grado di evoluzione della tecnica”* ma vuole essere un modo per evitare gli eccessi a cui si espone il principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile.¹⁴⁴

¹⁴³ Cass. 19 ottobre 2006, n.41944

¹⁴⁴ Sui principi della “massima sicurezza tecnologicamente possibile” e della “massima sicurezza ragionevolmente praticabile” si veda MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

3.2. I rischi di una responsabilità oggettiva

Sia che si parli di colpa generica o che si consideri la colpa specifica, il rischio di una responsabilità oggettiva è in entrambi i casi molto alto.

A voler considerare l'ipotesi di colpa generica, il rischio risiede nel formulare giudizi di prevedibilità ed evitabilità basati più o meno consapevolmente sul "senno di poi"¹⁴⁵.

Accade, infatti, frequentemente che la giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi in un momento chiaramente successivo rispetto alla verifica del fatto, si avvalga di parametri di prevedibilità che all'epoca dei fatti erano ignorati o perlomeno non adeguatamente avvalorati e condivisi.

Eppure, ad una siffatta obiezione, la giurisprudenza si fa scudo affermando che ai fini del giudizio di prevedibilità deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno, e non anche alla specifica rappresentazione *ex ante* dell'evento dannoso concretamente verificatosi.

Ma ad una valutazione giurisprudenziale *a posteriori*, sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite sarebbe fin troppo facile ravvisare le potenzialità dannose di una certa condotta, soprattutto se ci muoviamo nell'ambito di attività intrinsecamente pericolose.

Se le conseguenze non sono interamente descritte e conosciute è difficile considerarle prevedibili e ancor di più adottare misure idonee ad evitarle.

Si pensi, ancora una volta, alla casistica relativa all'esposizione all'amianto: le regole cautelari¹⁴⁶ che si assumono violate sono norme dal contenuto precettivo troppo generico poiché si limitano a prescrivere la riduzione della diffusione delle polveri nell'ambiente di lavoro e la loro inalazione da parte dei lavoratori; cautele che non riflettono la reale capacità offensiva (allora sconosciuta) della sostanza.

¹⁴⁵ In questo senso CASTRONUOVO, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁴⁶ La giurisprudenza fa solitamente riferimento alle disposizioni allora vigenti in materia di lavorazioni a contatto con sostanze nocive contenute nei d.p.r. nn. 547/1995 e 303/1956.

A voler riflettere, invece, sul caso di colpa specifica, il rischio di versare in ipotesi di responsabilità oggettiva sorge innanzitutto a monte dell'accertamento quando la regola cautelare codificata è priva di un effettivo carattere modale, risultando carente di indicazioni precise circa le modalità e i mezzi necessari ad evitare il verificarsi dell'evento.

In tal caso, infatti, come già anticipato, la regola si dice elastica e per un corretto accertamento della sua inosservanza non è sufficiente rintracciarla nel tessuto normativo e invocare la sua violazione, ma si ritiene più opportuno ricorrere alla figura dell'agente modello; data l'indeterminatezza del contenuto, il principio di colpevolezza risulta rispettato solo valutando la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento secondo l'*homo eiusdem professionis et conditionis*.

Tuttavia, pur volendo utilizzare il canone di accertamento tipico della colpa specifica, non si può prescindere dal fondamentale momento di verifica che l'evento realizzatosi rappresenti la concretizzazione del rischio che la norma violata mirava a prevenire.

La norma cautelare deve esser posta a presidio di uno specifico evento: se, però, questo, stante la vaghezza con cui la regola lo descrive, viene ridescritto dalla giurisprudenza in termini di generico danno alla salute o alla vita non è più conoscibile l'obiettivo rispetto al quale conformare la condotta.

In altre parole, l'agente si troverà di fronte un "megacontenitore" che raccoglie ogni possibile forma di aggressione al bene salute: la responsabilità per colpa si tramuta così in responsabilità oggettiva, giacché non può esistere una regola cautelare dotata di un'efficacia preventiva generale.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Sul punto si veda ZIRULIA, *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale* in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, volume II, Bologna 2015.

3.3. Il principio di precauzione

Manca, in realtà, una definizione univoca del principio di precauzione al cui ricorso, per la prima volta, si fa riferimento in una comunicazione della Commissione Europea del 1 febbraio 2002.

Dal documento si evince che la portata del suddetto principio “*comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull’ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto*”.¹⁴⁸

Alla luce di quanto detto a livello comunitario, accorta dottrina ha tentato una sintesi delle linee guida del metodo precauzionale nel modo che segue: qualora una valutazione scientifica evidenzi la presenza di rischi connessi allo svolgimento di certe attività, anche se, vista l’insufficienza o la contraddittorietà dei dati scientifici a disposizione, gli stessi non possono essere interamente dimostrati, né può essere precisata con esattezza la loro portata, il principio di precauzione impone nondimeno di adottare tutte le misure necessarie per azzerare o contenere la minaccia in questione, giungendo se necessario, all’astensione dallo svolgimento dell’attività rischiosa.¹⁴⁹

In bilico “*tra buon senso ed oscurantismo*”¹⁵⁰, “*tra la ragionevole prudenza e l’irragionevole paura di fronte all’ignoto*”¹⁵¹, il principio di precauzione fa

¹⁴⁸ Un noto riconoscimento normativo del principio di precauzione si ha all’art. 191 del TFUE in materia ambientale. In particolare: “[...] *La politica dell’Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell’Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio “chi inquina paga”*.[.]”.

¹⁴⁹ MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?*, in www.penalecontemporaneo.it cit. 1.

¹⁵⁰ GIUNTA, *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza?* In *Dir. pubbl.* 2003, 162 ss.

¹⁵¹ PULITANÒ, *Diritto penale*, quinta edizione, cit.219.

irruzione nell'ordinamento penale e sembra ritagliarsi uno spazio di operatività specie nel settore della salute e della sicurezza sul lavoro.¹⁵²

L'indole precauzionale è rintracciabile già nella stessa anticipazione della tutela penale alla minimizzazione del rischio e il conseguente ampliamento dei contenuti dell'obbligo di diligenza del datore di lavoro fino a ricomprendere un dovere di astensione laddove risulti impossibile eliminare o ridurre il rischio.

Il principio di precauzione, in verità, prima ancora di attestarsi nella prassi giurisprudenziale si è manifestato nelle scelte normative dallo spirito evidentemente cautelativo: il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro pullula di norme, come si è in più occasioni sottolineato, dal contenuto modale sfuggente, tendenzialmente strutturare sul rinvio a cautele da determinare *“in relazione alle conoscenze acquisite in base al progresso tecnico”*¹⁵³.

Esiste, quindi, un obbligo di diligenza pregnante tuttavia scarsamente determinato, eppure ritenuto dalla giurisprudenza sufficiente per poter addebitare a titolo di colpa l'evento morte o lesioni al datore di lavoro che sarà in ogni caso suscettibile di rimprovero alla luce della facilità con cui è ricostruibile *ex post* una regola cautelare che probabilmente *ex ante* non era stata immaginata né immaginabile: lo scopo precauzionale si insinua grazie alla eccessiva duttilità della norma codificata.

La logica della prevenzione orientata all'eliminazione o alla riduzione dei rischi noti (e dunque prevenibili perché prevedibili) cede il passo alla logica della precauzione che intende prendere in considerazione quei rischi che non ancora si conoscono ma allo stesso tempo non si possono ragionevolmente escludere.

Una prova di quanto questa logica permei il decreto legislativo n.81 del 2008 si rinviene, inoltre, in tutti quei precetti, in esso contenuti, privi di una chiara ed

¹⁵² Sul principio di precauzione nel settore antinfortunistico si veda approfonditamente MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli 2012, 188 ss.

¹⁵³ Lettera c) articolo 15 d.lgs. 81/2008

immediata *vis cautelare*¹⁵⁴ mediante la cui ottemperanza il datore di lavoro non agisce su una *specifica* fonte di pericolo, ma opera sul piano “remoto” della prevenzione generale del rischio (in un’ottica più propriamente precauzionale); si pensi, a titolo esemplificativo:

- all’art. 17, che impone “*la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi*”;
- agli artt. 17, 28 e 29, relativi alla redazione di un “*documento di valutazione dei rischi*”;
- all’art. 34, comma 2, secondo il quale “*il datore di lavoro che intende svolgere i compiti di cui al comma 1, deve frequentare corsi di formazione, di durata minima di 16 ore e massima di 48 ore, adeguati alla natura dei rischi presenti sul luogo di lavoro e relativi alle attività lavorative, nel rispetto dei contenuti e delle articolazioni definiti mediante accordo in sede di Conferenza permanente [...]*”;
- all’art. 35, secondo il quale “*nelle aziende e nelle unità produttive che occupano più di 15 lavoratori, il datore di lavoro, direttamente o tramite il servizio di prevenzione e protezione dai rischi, indice almeno una volta all’anno una riunione cui partecipano [...]*”.

Si afferma, così, una concezione di prevenzione degli infortuni sul lavoro imperniata sulla gestione globale dei rischi: questo è, in un certo senso, sintomatico delle difficoltà che il legislatore incontra nell’individuare e fissare specifiche regole cautelari idonee a mostrare al soggetto agente quale sia la via da seguire per prevenire ed evitare la verificazione di determinati eventi dannosi o pericolosi; da qui la tendenza ad accordare il proprio favore a misure anche

¹⁵⁴ Sul punto si veda CIVELLO, *La colpa eventuale nella società del rischio: epistemologia dell’incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, 2013 : “*in seno alla normativa relativa alla sicurezza del lavoro, è dato rinvenire alcuni precetti i quali, pur avendo l’apparente valenza cautelare(in quanto collocati in un corpus di norme nel complesso finalizzate alla riduzione del rischio di eventi lesivi) non presentano a rigore i canoni e le caratteristiche proprie della cautelarità*”.

solo potenzialmente idonee ad azzerare o contenere i rischi che, a fronte delle incertezze scientifiche, non sono interamente determinabili.¹⁵⁵

Il fenomeno della “procedimentalizzazione” della regola cautelare determina una maggiore distanza tra l’eventuale condotta inosservante e l’evento, incidendo inevitabilmente sulla sua prevedibilità ed evitabilità.

Una colpa orientata alla precauzione è di ancor più facile individuazione nel settore delle malattie professionali in cui, secondo ricorrenti pronunce giurisprudenziali, sarebbe sufficiente conoscere la generica tossicità delle sostanze a cui i lavoratori vengono esposti per formulare un giudizio di prevedibilità che si attesti su un livello anche solo potenziale, quasi indiziario, in relazione al quale valutare le cautele da adottare.

La logica sottesa all’addebito per colpa nei processi per amianto è proprio quella, come ammesso *expressis verbis*, del principio di precauzione.

Si legge, infatti, in alcune sentenze¹⁵⁶: “*anche a voler considerare che fosse nota solo la generica tossicità delle polveri di amianto, causa di asbestosi, avrebbe risposto al principio di precauzione trattare con ogni cautela le polveri, che si sapevano assai sottili (e quindi di agevole infiltrazione e fissazione polmonare) di sostanza comunque tossica.*”

Ma se il giudizio di prevedibilità si fonda su una conoscenza generica non può che essere esso stesso generico e conseguentemente ne discenderà un regola di diligenza ampia e vaga che finisce per dissolversi in monito all’astensione.

Oltretutto, specie in contesti dominati da condizioni di incertezza scientifica, il principio di precauzione andrebbe ad ergersi come autonomo parametro d’imputazione: si insinua una direttrice politico-criminale riconducibile al canone della “*default option*” secondo cui l’esistenza di un dubbio non meramente congetturale per l’incolumità personale dei lavoratori impone di adottare ogni cautela possibile.

È chiaro che portato all’estreme conseguenze un siffatto principio condurrebbe alla paralisi del sistema.

¹⁵⁵ SCORDAMAGLIA, *Il diritto penale della sicurezza del lavoro: tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁵⁶ Si veda a titolo esemplificativo: Cass.pen. 24 maggio 2012 n.33311 (caso Fincantieri).

3.4. L'articolo 2087 c.c. : “un comodo passepartout”¹⁵⁷

“L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro”.

La norma ha da sempre assunto una duplice veste: fonte della posizione di garanzia del datore di lavoro, da un lato, fonte di regole cautelari, dall'altro.

Prima dell'avvento della legislazione di settore e dell'incremento, quindi, del novero delle regole cautelari formalizzate, l'articolo 2087 c.c. costituiva il principale parametro di valutazione del dovere di diligenza incombente sul datore di lavoro: all'epoca costituiva un riferimento positivo per determinare la regola cautelare che si contestava al garante di aver trasgredito.

Oggi, come si è detto già nel primo capitolo, la disposizione assolve ad una funzione di chiusura del sistema prevenzionistico; eppure nella lettura giurisprudenziale continua ad essere impiegata in modo disinvolto quale fonte di regole cautelari dalla cui inosservanza si fa derivare un'imputazione per colpa in capo al datore di lavoro.

A ben vedere l'articolo 2087 c.c. contiene una “formula omnicomprensiva e precettivamente inesistente”¹⁵⁸ inidonea ad indicare preventivamente le effettive cautele da adottare: altro non è che la fonte dell'obbligo giuridico di impedire l'evento gravante in capo al datore di lavoro.

Forzare la sua lettura nel senso di fonte di regole cautelari ha come effetto quello di degradare la colpa ad ipotesi di responsabilità oggettiva: infatti, ritenere sufficiente a fondare la colpa l'inadempimento dell'articolo 2087 c.c., nel suo contenuto vago e perciò facilmente manipolabile, significa obliterare la verifica dell'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo, omettendo l'identificazione della specifica regola cautelare violata e desumendo la violazione, più

¹⁵⁷ L'espressione è utilizzata da GARGANI in *La “flessibilizzazione” giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. Pen.*, 2011, cit. 429 .

¹⁵⁸ L'espressione è utilizzata da MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli 2012

semplicemente, dalla verifica dell'evento che il datore di lavoro, in quanto garante, era tenuto ad impedire.

Inoltre, soffermandosi sul dato formale della sua codificazione e prescindendo dal contenuto assolutamente generico, il rischio ulteriore è quello di qualificare la sua inosservanza come colpa specifica, obliterando in sede di accertamento l'adeguata motivazione circa la prevedibilità e l'evitabilità dell'evento alla stregua dell'agente modello.

Per comprendere quale sia l'approccio giurisprudenziale al tema si consideri, a titolo esemplificativo, la sentenza n.2816 del 21 dicembre 2010 pronunciata dalla IV sezione penale della Corte di Cassazione¹⁵⁹.

A seguito di una “doppia conforme” di condanna, la Suprema Corte confermava la sentenza di merito, così motivando: *“è principio non controverso quello secondo cui ai fini della configurabilità della responsabilità del responsabile dello stabilimento, è sufficiente l'inadempimento agli obblighi riconducibili, oltre che alle disposizioni specifiche, proprio più generalmente, al disposto degli articoli 2087 del codice civile e ora anche 2, comma 1, lettera b), d) ed e) del d.lgs. 9 aprile 2008 n.81, in forza di quali il datore di lavoro, il dirigente ed il preposto sono comunque costituiti garanti dell'incolumità fisica e della salvaguardia della personalità morale dei prestatori di lavoro, con l'ovvia conseguenza che, ove gli stessi non ottemperino all'obbligo di tutela, l'evento lesivo correttamente viene loro imputato in forza del meccanismo previsto dall'articolo 40, comma 2, c.p. . Ne consegue che i soggetti ivi indicati devono sempre attivarsi positivamente per organizzare le attività lavorative in modo sicuro, assicurando anche l'adozione da parte dei dipendenti delle doverose misure tecniche ed organizzative per ridurre al minimo i rischi connessi all'attività lavorativa. L'inadempimento a tale obbligo è sufficiente a fondare la colpa”*.

È evidente il netto ed erroneo scivolamento del piano della colpa in quello della causalità omissiva: individuata la posizione di garanzia si ritiene *ipso iure* sussistente la responsabilità del soggetto per il solo fatto di non aver impedito un

¹⁵⁹ Il caso riguardava un lavoratore che, a causa della caduta di una barra di nichel, aveva subito l'amputazione di una falange.

determinato evento lesivo, prescindendo da qualsiasi individuazione della specifica regola cautelare che si possa assumere come violata e trascurando totalmente i canoni della prevedibilità e dell'evitabilità.¹⁶⁰

Altro aspetto tutt'altro che irrilevante riguarda la valenza interpretativa¹⁶¹ dell'articolo 2087 c.c.: esso costituirebbe un parametro di interpretazione e valutazione di quei precetti comportamentali dal carattere aperto (si pensi alle norme che impongono l'adozione di "mezzi idonei", "strumenti adeguati", "comportamenti efficaci" etc..).

Proprio sulla scorta di tale funzione, l'articolo, nella sua essenza di clausola generale, viene spesso invocato, in fase processuale, ai fini della contestazione di una colpa che si definisce generica accanto e a chiusura della colpa specifica. La giurisprudenza muove da tale assunto: *"nei procedimenti per reati colposi, quando nel capo di imputazione siano contestati elementi generici e specifici di colpa, la sostituzione o l'aggiunta di un profilo di colpa - sia pur specifica - rispetto ai profili originariamente contestati non vale a realizzare una diversità*

¹⁶⁰ Nel settore della sicurezza del lavoro, le regole cautelari tendono a dissolversi nella stessa posizione di garanzia, determinando nella prassi uno slittamento dei piani dell'accertamento. Lo fa notare MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli 2012, che sul punto cita PALIERO, *Il tipo colposo*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010, 520-521, " a livello giurisprudenziale, la posizione di garanzia si dimostra nel nostro sistema sostanzialmente ambivalente: da un lato essa costituisce il perimetro normativo che delimita il rischio tipico, ossia il rischio, rispetto al quale soltanto il soggetto qualificato potrà essere chiamato a rispondere; ma dall'altro lato, la posizione di garanzia risulta decisiva – inevitabilmente – per la determinazione delle regole cautelari applicabili. Simile ambivalenza fa crollare, appunto, le barriere di contenimento tra i diversi elementi del tipo colposo (per lo meno del tipo criminologicamente più caratteristico) ed è all'origine dello slittamento dei piani dell'accertamento, sicché in definitiva, nella prassi la prova di uno qualsiasi degli elementi basta a trascinare con sé, surrettiziamente, anche la prova di tutti gli altri".

¹⁶¹ MICHELETTI, *I reati propri esclusivi del datore di lavoro*, in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano ,2010.

o mutazione del fatto, con sostanziale ampliamento o modifica della contestazione”.¹⁶²

Sembrerebbe, quindi, che il riferimento alla colpa generica consenta di contestare la condotta globalmente considerata: la contestazione della colpa generica in forma “ancillare” finisce per assumere i tratti di una colpa generale, sempre e comunque imputabile in capo al datore di lavoro.

Si può osservare come l’attribuzione di una piena “fungibilità processuale” ai diversi profili di inosservanza cautelare fa funzionare la colpa generica come “*valvola accusatoria di futura espansione della contestazione*”¹⁶³.

In questo modo, si svela la reale funzione dell’articolo 2087 c.c., legata più propriamente ad esigenze di efficienza processuale.

Come acuta dottrina¹⁶⁴ evidenzia la funzione reale dell’articolo in questione “supera e trascende quella, solo apparente, di cautela violata, quale fonte della colpa da addebitare al datore di lavoro” ma mira a soddisfare le esigenze, proprie dell’ambito processuale, “di alleggerimento del carico probatorio e di garanzia della necessaria correlazione tra imputazione e sentenza, pur a fronte dell’emersione in giudizio di nuovi profili di colpa non contestati”.

¹⁶² Cass., Sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1574.

¹⁶³ CASTRONUOVO, *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo, un catalogo ragionato*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁶⁴ MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell’individuo e dell’ente*. Napoli 2012, che sul punto cita efficacemente MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. It.dir. proc.pen.* 1971, 336-337, per il quale il capo di imputazione generico nella materia colposa costituisce un “*docile strumento per evitare la formulazione definitiva dell’imputazione stessa trasferendone il compito ad organi delegati a funzioni diverse*”.

3.5. La sottile linea di confine tra la colpa cosciente e il dolo eventuale

Altra questione, che anima il dibattito dottrinale, è quella concernente la distinzione tra “colpa cosciente” e “dolo eventuale” alla luce dei riflessi che la stessa determina sul piano dell’imputazione soggettiva del reato: la linea di demarcazione appare incerta stante una genetica evanescenza insita tra le due figure che, tuttavia, è bene precisare, rappresentano forme di imputazione della responsabilità penale ontologicamente diverse.

Autorevole dottrina¹⁶⁵ diceva “la colpa lambisce il dolo”. In realtà si tratta di categorie particolarmente dissimili: si parla di colpa cosciente o colpa c.d. con previsione rispetto alle ipotesi in cui l’agente non vuole commettere il reato, ma si rappresenta l’evento come possibile conseguenza della sua condotta; ricorre, invece, il dolo eventuale quando il soggetto agisce senza il fine di commettere il reato ma se lo rappresenta come conseguenza possibile della condotta, seppur diretta ad altri scopi, e ne accetta il rischio della verificaione.¹⁶⁶

In altre parole, nella colpa cosciente manca totalmente l’elemento volitivo che non può confondersi con la consapevolezza di agire in modo inosservante d’una regola cautelare e dunque con la consapevolezza della prevedibilità di un certo evento.

Nel caso di dolo eventuale il soggetto agente si è rappresentato mentalmente la concreta possibilità di verificaione dell’evento e decide di agire anche a costo di provocare l’evento criminoso: l’accettazione del rischio si approssima, in sede di valutazione penalistica, alla vera e propria volizione del fatto.

In entrambi i casi ci sarà la rappresentazione del rischio, il *discrimen* va individuato nell’elemento volitivo che, nel caso di dolo eventuale, si traduce

¹⁶⁵ DE MARSICO.

¹⁶⁶ Per la definizione di colpa cosciente e dolo eventuale si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, sesta edizione; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, quinta edizione.

nell'accettazione del rischio, mentre, nel caso di colpa cosciente, risulta assente alla luce della convinzione secondo cui l'evento non si verifichi.¹⁶⁷

In realtà, le considerazioni appena esposte non trovano unanime approvazione da parte delle dottrina e della giurisprudenza che si dividono sul punto, dando vita ad orientamenti diversi, talvolta irrimediabilmente lontani, altre volte fusi e confusi gli uni negli altri.

Così, anche in un campo tradizionalmente dominato dalla responsabilità per colpa, quale quello della responsabilità del datore di lavoro per gli infortuni subiti dai dipendenti a seguito della violazione di regole cautelari, la questione circa il criterio d'imputazione soggettiva dell'evento si rivela particolarmente complessa.

L'orientamento dominante¹⁶⁸ che individua la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente nell'elemento volitivo, ricorre, ai fini di un suo accertamento al già menzionato criterio dell'accettazione del rischio in forza del quale il soggetto risponde a titolo di dolo se, di fronte alla previsione della possibile realizzazione dell'evento, agisca comunque accettandone il rischio, risponde invece a titolo di colpa se nonostante la rappresentazione dell'evento, confida nella sua concreta non verificazione.

Questa impostazione, tuttavia, viene criticata da coloro¹⁶⁹ che ritengono che nell'accettazione del rischio si finisca con l'individuare solo "formalmente" l'elemento volitivo.

La volontà viene, infatti, confinata nell'area della mera "decisione di agire", svuotata dalla sicurezza relativa alla verificazione dell'evento.

¹⁶⁷ Si pensi, a titolo di esempio, al lanciatore di coltelli: nel tirare la lama è sicuro di non colpire la persona posizionata al centro del muro; egli, pur consapevole del rischio insito nel suo agire, conta sulla sua abilità per non provocare danni. Lo scopo sarà quello di dimostrare di essere tanto bravo da scagliare un pugnale e non ferire, non sfiorare neppure la persona di fronte; pertanto, qualora dovesse, malauguratamente, colpirla ne risponderà a titolo di colpa cosciente.

¹⁶⁸ Si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 2008; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2012; MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, 2011.

¹⁶⁹ AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*, in www.penalecontemporaneo.it.

Così argomentando, elemento necessario e sufficiente ad integrare il dolo eventuale è il mero dubbio in ordine alla possibile verificazione dell'evento.

Il concetto di convinzione, poi, che connota l'ipotesi della colpa cosciente, viene assimilato dalla giurisprudenza, in un'importante pronuncia del 2011¹⁷⁰, a quello della ragionevole speranza: questo presta il fianco ad una persuasiva obiezione che concerne l'individuazione di parametri alla stregua dei quali poter valutare "seria", "fondata", "motivata", "ragionevole", "sicura" quella speranza o quella fiducia che si accorda alla non verificazione dell'evento.

Parte della dottrina¹⁷¹ sostiene l'indeterminatezza e la flessibilità della formula dell'accettazione del rischio tanto da renderla manipolabile dai giudici al fine di assecondare esigenze politico-criminali.

Sul punto pare essere d'accordo la Corte di Cassazione che, chiamata a pronunciarsi sul caso ThyssenKrupp, all'interno della sentenza n.38343 del 24 aprile 2014 si esprime nel modo che segue: *"L'espressione (accettazione del rischio) è tra le più abusate, ambigue, non chiare, dell'armamentario concettuale e lessicale nella materia in esame. La si vede utilizzata in giurisprudenza in forma retorica quale espressione di maniera, per coprire le soluzioni più diverse."*

Un ulteriore filone interpretativo non si accontenta, ai fini dell'affermazione del dolo eventuale, della rappresentazione dell'evento come possibile conseguenza accessoria della propria condotta e della decisione di agire nonostante questa previsione, ma ritiene necessario ricondurre la decisione di agire ad un consapevole bilanciamento: deve esserci una vera e propria deliberazione, mediante la quale l'agente, dopo aver posto coscientemente in relazione il raggiungimento dei propri scopi con il sacrificio eventuale di beni giuridici altrui, abbia accettato il rischio della verificazione del fatto quale "prezzo" da pagare per il conseguimento di un determinato risultato.¹⁷²

¹⁷⁰ Cassazione 1 febbraio 2011, n. 10411.

¹⁷¹ CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base consentito*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁷² AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in www.penalecontemporaneo.it

La prova dell'avvenuto bilanciamento andrebbe poi rinforzata, secondo un orientamento minoritario, dalla dimostrazione che l'agente avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza della verifica dell'evento, secondo la formula di Frank.

In origine la formula veniva invocata da una parte della dottrina per accertare quell'approvazione interiore della realizzazione dell'evento preveduto come possibile; approvazione che, secondo la teoria del consenso, caratterizzava il dolo eventuale.

Più precisamente, sono individuabili due formule di Frank: la prima si articola in un accertamento ipotetico che sancisce la sussistenza del dolo eventuale quando è possibile presumere che il soggetto avrebbe ugualmente agito anche se si fosse rappresentato l'evento lesivo come certamente connesso alla sua azione; la seconda, legata logicamente alla prima, è detta "positiva" ed è diretta ad accertare l'atteggiamento di indifferenza del soggetto nei confronti del bene giuridico (il soggetto conclude che, in ogni caso, qualunque sia l'esito della propria condotta, egli agirà).

Si tratta, evidentemente di una formula che si espone a molteplici critiche fondate principalmente sul timore di formulare un giudizio sulla base della valutazione della personalità e dei precedenti del reo, dovendo sostituire un atteggiamento psicologico ipotetico ad un atteggiamento psicologico reale ma ignoto.¹⁷³

Inoltre, come attenta dottrina non manca di sottolineare, esigere che il soggetto avrebbe comunque agito a fronte della rappresentazione dell'evento come certo rischia di restringere troppo l'ambito di applicazione del dolo eventuale fino quasi ad escluderne la configurabilità.¹⁷⁴

In tale *mare magnum* di orientamenti che si incontrano e scontrano sia in dottrina che in giurisprudenza assume il ruolo di vero e proprio *leading case*¹⁷⁵ il

¹⁷³ FIANDACA-MUSCO, *diritto penale, parte generale*, cit. 369

¹⁷⁴ In questo senso MASULLO, *Infortuni (mortalità) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro. Ripristinato il primato del modello colposo?*, *Diritto penale e processo*, 2013.

¹⁷⁵ L'espressione è utilizzata da AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*, in www.penalecontemporaneo.it

processo sul caso ThyssenKrupp, deciso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 38343 del 24 aprile 2014.

3.5.1. Il caso ThyssenKrupp : il fatto

Nella notte del 5 dicembre 2007, presso lo stabilimento torinese della ThyssenKrupp, perdevano la vita 7 operai in seguito al verificarsi di un incendio. Lo sfregamento del nastro in acciaio in lavorazione contro i bordi dell'impianto aveva provocato un surriscaldamento con scintille che aveva favorito l'appiccamento delle fiamme sulla carta imbevuta d'olio e sui ristagni d'olio di laminazione che si trovavano sul pavimento sotto l'impianto; ciò aveva determinato l'espandersi dell'incendio ed il contatto con un flessibile di gomma protetto da due reti d'acciaio contenente olio idraulico ad alta pressione che, cedendo con proiezione dell'olio nell'aria, aveva formato, una nuvola incandescente di olio nebulizzato che si era espansa improvvisamente (fenomeno c.d. di flash fire).

I lavoratori avevano tentato invano di spegnere le fiamme con gli estintori a mano.

Dopo l'incendio, gli ispettori dell'ASL hanno riscontrato diverse irregolarità: complessivo degrado dell'impianto, parziale inefficienza degli strumenti di spegnimento (gli idranti non avevano pressione sufficiente), mancata manutenzione delle attrezzature come i tubi flessibili, accumulo di materiale infiammabile.

All'epoca del disastro erano in corso le operazioni di trasferimento degli impianti in Terni, e l'ipotesi accusatoria muove attorno all'idea che la decisione di dismettere l'impianto torinese fosse stata accompagnata dalla decisione di fermare ed accantonare gli investimenti per la sicurezza.

3.5.2. La prima sentenza: Corte d'Assise di Torino, 15 aprile 2011

La Corte d'Assise procedeva, così, alla condanna dell'amministratore delegato della ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni Spa a 16 anni e sei mesi di reclusione per i delitti di incendio doloso (articolo 423 c.p.¹⁷⁶), omicidio volontario plurimo (artt.575¹⁷⁷ e 81¹⁷⁸, comma 1, c.p.) e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravata dall'evento (articolo 437¹⁷⁹, comma 2, c.p.) uniti dal vincolo della continuazione (articolo 81, comma2, c.p.).

In primo grado veniva applicata la figura del dolo eventuale quale criterio di imputazione soggettiva della responsabilità in capo all'amministratore delegato, affermando l'omicidio e l'incendio volontario in luogo dell'omicidio e l'incendio colposo addebitato agli altri imputati, con l'aggravante della colpa cosciente.

Nella sentenza sono rintracciabili ampi richiami alla pronuncia della Corte di Cassazione n.10411 del 2011¹⁸⁰ (Ignatiuc) in materia di circolazione stradale, che muove dal seguente assunto: *“poiché la rappresentazione dell'intero fatto tipico come probabile o possibile è presente sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente, il criterio distintivo deve essere ricercato sul piano della volizione”*.

¹⁷⁶ *Chiunque cagiona un incendio è punito con la reclusione da tre a sette anni. La disposizione precedente si applica anche nel caso di incendio della cosa propria, se dal fatto deriva pericolo per la incolumità pubblica.*

¹⁷⁷ *Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.*

¹⁷⁸ *È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge.(1 comma)*

¹⁷⁹ *Chiunque omette di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, ovvero li rimuove o li danneggia, è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni. Se dal fatto deriva un disastro o un infortunio, la pena è della reclusione da tre a dieci anni.*

¹⁸⁰ Una delle prime pronunce che pare ammettere la configurabilità del dolo eventuale nel settore dei sinistri stradali.

In prima battuta si richiama la formula di Frank (sul cui accertamento, in realtà, la Corte d'Assise glisserà): *“mentre nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata accertata psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto, nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente”*.

Dopodiché si dice anche: il dolo eventuale si ritiene sussistente quando l'accettazione del rischio è dimostrata dalla presenza di una vera e propria *“deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro. L'autore del reato, che si prospetta chiaramente il fine da raggiungere e coglie la correlazione che può sussistere tra il soddisfacimento dell'interesse perseguito e il sacrificio di un bene diverso, effettua in via preventiva una valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco – il suo e quelli altrui – e attribuisce prevalenza ad uno di essi. L'obiettivo intenzionalmente perseguito per il soddisfacimento di tale interesse preminente attrae l'evento collaterale, che viene dall'agente posto coscientemente in relazione con il conseguimento dello scopo perseguito. Non è, quindi, sufficiente la previsione della concreta possibilità di verificazione dell'evento lesivo, ma è indispensabile l'accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno che costituisce il prezzo (eventuale) da pagare per il conseguimento di un determinato risultato”*.

Sarà ravvisabile, invece, la colpa cosciente *“qualora l'agente, nel porre in essere la condotta nonostante la rappresentazione dell'evento, ne abbia escluso la possibilità di realizzazione, non volendo né accettando il rischio che quel risultato si verifichi, nella convinzione, o nella ragionevole speranza, di poterlo evitare per abilità personale o per intervento di altri fattori”*.

Un'attenta dottrina¹⁸¹ fa notare come, in realtà la Corte d'Assise anziché operare una selezione tra i vari criteri elaborati in dottrina e in giurisprudenza li ripropone

¹⁸¹ MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli 2012, 114; FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio*

tutti insieme e li combina tra loro: il primo riferimento è al criterio dell'accettazione del rischio modellato alla stregua della formula di Frank; il secondo riferimento, invece, è sempre all'accettazione del rischio questa volta, però intesa come l'esito di un giudizio di bilanciamento, nell'ottica costi-benefici.

Proprio su quest'ultimo profilo si soffermano i giudici di primo grado ravvisando nella decisione di non investire a Torino in "fire prevention" e di differire gli interventi ad epoca successiva al trasferimento a Terni, quella deliberazione, con la quale l'amministratore delegato avrebbe privilegiato gli "obiettivi economici aziendali" a scapito dell'incolumità dei lavoratori.

Si fa leva sul fatto che l'amministratore delegato fosse ben a conoscenza dei fattori di rischio e dello stato di degrado dello stabilimento torinese e si conclude che, alla luce della sua preparazione, autorevolezza, competenza e scrupolosità, non può non essersi rappresentato la concreta possibilità del verificarsi di un incendio ma che abbia ommesso qualsiasi intervento di prevenzione antincendio al fine di perseguire gli interessi economici dell'azienda.

"L'imputato era ben consapevole delle implicazioni sottese alla scelta aziendale; e decidendo di non effettuare alcun intervento di prevenzione ha agito anche a costo che si verificassero eventi drammatici".

Ai fini di un'imputazione per colpa cosciente, l'amministratore non potrà appellarsi all'eventuale speranza da lui nutrita che nulla accadesse: questa non può essere, infatti un "*moto d'animo paragonabile all'auspicio*" ma deve soddisfare un criterio di ragionevolezza (non rinvenibile nel caso di specie).

Il discrimine tra colpa cosciente e dolo eventuale pare, dunque, essere la "ragionevolezza della speranza" che l'evento non si verifichi.

Ciò che desta perplessità, tuttavia, è il fatto che a fondare il giudizio sull'irragionevolezza della speranza dell'amministratore delegato siano quelle stesse maggiori capacità, alla luce di una riconosciuta esperienza e competenza in materia di produzione e sicurezza sul lavoro, che, in una diversa prospettiva,

generalpreventivo, osservazioni in margine a Corte d'Assise di Torino, 15 aprile, 2011, 4 :
"Come va letto questo sincretismo additivo dei criteri identificativi del dolo minimo[.] ?"

avrebbero potuto avvalorare la tesi secondo cui l'amministratore, proprio perché fiducioso delle sue abilità personali e professionali, confidasse nella non verifica dell'evento.¹⁸²

3.5.3. La sentenza d'appello: Corte d'Assise d'appello di Torino, 28 Febbraio 2013

La Corte d'Assise d'appello ha derubricato le imputazioni a carico dell'amministratore delegato nelle corrispondenti fattispecie colpose contro la persona e contro l'incolumità pubblica, applicando l'aggravante della previsione dell'evento *ex art. 61 n.3 c.p.*¹⁸³

Le premesse in punto di diritto sono le stesse della sentenza di primo grado ma valutate sotto un'altra prospettiva: l'imputazione a titolo di dolo eventuale si ritiene infondata alla luce di una diversa ricostruzione dei dati fattuali.

Ad avviso della Corte d'Assise, non trova giustificazione una diversificazione nell'elemento soggettivo d'imputazione tra l'amministratore delegato e gli altri imputati, anzi questo sembra mostrare *evidenti profili di contraddittorietà*: anche se la decisione di posticipare le somme impegnate per la messa in sicurezza degli impianti fosse certamente attribuibile all'A.d., nessuno degli altri dirigenti pareva aver mostrato segnali di dissenso e sulla base di un patrimonio di conoscenze condiviso la loro speranza non sarebbe parsa *“certo più ragionevole di quella ricostruita in capo all'amministratore delegato”*.

¹⁸² Si veda sul punto MASULLO, *Infortuni (mortalità) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Dir. pen. e processo*, 2013, 927ss. *Il pericolo, in questo caso – evidenzia l'Autrice – non è solo quello di ricadere in schemi presuntivi ritagliati sul tipo di autore, ma di “valutare contra reum quelle medesime note positive della personalità che dovrebbero, invece, per lo più far propendere per la tesi della colpa con previsione”*.

¹⁸³ La fattispecie di incendio è stata ritenuta assorbita, in forza del principio di specialità, in quella di omissione di cautele aggravata dal disastro; viceversa, tra l'omissione di cautele aggravata dagli infortuni e l'omicidio colposo non è stato riscontrato alcun concorso apparente di norme, bensì un concorso formale di reati.

Il rimprovero a titolo di colpa cosciente non può fondarsi sul fatto che gli altri imputati *“ragionevolmente speravano”* che quest’ultimo *“cambiasse all’improvviso indirizzo e ponesse mano da solo ed efficacemente alla realizzazione delle protezioni”*; bensì, la colpa cosciente di tutti gli imputati si sostanzia sulla condivisa ed erronea *“convinzione che gli eventi sarebbero stati evitati”* alla luce del fatto che *“la realtà di fabbrica vedesse giornalmente il verificarsi dei focolai che venivano spenti pressoché costantemente dagli operai”*.

A questo punto, i giudici del secondo grado richiamano una pronuncia delle Sezioni Unite relativa alla distinzione tra *“incauto acquisto”* e *“ricettazione”* (c.d. caso Nocera)¹⁸⁴ che fissava il principio per cui *“l’accettazione del rischio non potesse avvenire per pura disattenzione, noncuranza o mero disinteresse, ma solo a seguito di un’opzione, di una deliberazione, con la quale l’agente, consapevolmente, sceglie fra agire, accettando l’eventualità di commettere l’azione vietata, e non agire.”*

Per poter ricostruire la fattispecie in termini dolosi bisognerebbe comparare, a detta della Corte di merito, l’obiettivo perseguito dall’agente con l’evento di danno non voluto ma previsto come possibile conseguenza della condotta.

Suddetta comparazione viene effettuata dai giudici al fine di confutare la tenuta della volontà secondo la formula di Frank.

Se, da un lato, lo scopo era quello di risparmiare o meglio accantonare i fondi stanziati per Torino, in vista del trasferimento degli impianti in Terni, dall’altro, l’evento di reato, comunque previsto nella sua possibile verifica, era *“un incendio diffusivo e di difficile spegnimento, che mette a repentaglio la vita di un numero indefinito di persone e la struttura stessa dell’impianto”*.

Alla stregua di questo ragionamento, la Corte d’Assise d’appello ritiene *“impensabile”* che l’amministratore delegato abbia potuto subordinare il bene dell’incolumità dei lavoratori a quello degli obiettivi economici aziendali.

Questo perché, in un’ottica di bilanciamento, accettando la possibile verifica degli eventi, l’imputato *“non solo non avrebbe fatto prevalere*

¹⁸⁴ Cass. S.u., 26 novembre 2009, n.12433

l'obiettivo perseguito ma avrebbe provocato un danno di dimensioni tali da annullarlo o soverchiarlo totalmente”.

Infatti, evidenzia la Corte, *“anche a voler estromettere qualunque considerazione circa le remore morali davanti alla previsione della morte dei propri dipendenti, rimangono danni di rilevantissima entità”*, basti pensare alla distruzione degli impianti, al blocco della produzione, al risarcimento dei danni per le morti causate, oltre ad un evidente danno d'immagine per la società.

Dunque, un quadro della situazione così ricostruito fa escludere ai giudici di secondo grado un'imputazione per dolo eventuale nei confronti dell'amministratore delegato (si dice in un passaggio: *“è impensabile che un imprenditore esperto, abituato a ponderare le proprie decisioni nel tempo[.] abbia agito in maniera tanto irrazionale”*).

Non mancano anche qui rilievi critici della dottrina.

In special modo si palesano numerose riserve rispetto all'utilizzo della formula di Frank: questa, si dice, sostituisce indebitamente un atteggiamento psichico ipotetico, ad uno reale ignoto.¹⁸⁵

Ciò che dovrebbe interessare realmente ai fini dell'accertamento del dolo è la posizione presa dall'agente nelle precise circostanze presenti al momento della commissione del fatto di reato e non in una situazione astratta di certezza della realizzazione del fatto penalmente rilevante.¹⁸⁶

Viene contestato, da parte della dottrina, poi, l'indice della comparazione tra la finalità di risparmio perseguita e il danno prodotto, richiedendo un rapporto diretto tra gli interessi in gioco, nel senso che la contraddizione dell'obiettivo deve essere conseguenza immediata e reale degli eventi.¹⁸⁷

¹⁸⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, cit.369, nota 76; MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit.313

¹⁸⁶ In questo senso di BIASE, *Thyssenkrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni di dolo eventuale?*, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁸⁷ BARTOLI, *Ancora sul problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp*, in www.penalecontemporaneo.it

È chiaro che una generalizzazione del criterio “obiettivo economico *versus* danno economico” esclude, in modo pressoché assoluto, la configurabilità del dolo eventuale nel settore della salute e sicurezza sul lavoro.

Se si sostituisce, infatti, il dato reale della previsione dell’evento non certo con il dato ipotetico della previsione dell’evento certo, si dovrebbe sempre concludere nel senso della negazione del dolo, in quanto nessun imprenditore esperto e assennato, a fronte della certezza della verifica di un danno, che sul versante economico risulti maggiore rispetto al profitto perseguibile, prenderebbe una decisione orientata al risparmio dei costi in materia di sicurezza.¹⁸⁸

Da ultimo suscita perplessità anche la scelta di fondare la legittimità della fiducia degli imputati nella non verifica dell’evento sul fatto di aver confidato nell’intervento degli operai, dal momento che la stessa circostanza aveva condotto i primi giudici a escludere la ragionevolezza di tale convinzione in quanto risultato della violazione delle più elementari regole precauzionali.¹⁸⁹

3.5.4. La decisione delle Sezioni Unite: sentenza n.38343/2014

Le Sezioni Unite all’esito di un’articolata motivazione, che ripercorre le precedenti sentenze di merito e i diversi orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sul *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente, conferma la

¹⁸⁸ Si veda approfonditamente sul punto MASULLO, *Infortuni (mortalità) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro: ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Dir. pen. e processo*, 2013.

¹⁸⁹ Tale aspetto viene messo in luce da SUMMERER, *il caso ThyssenKrupp: la responsabilità delle persone fisiche per omicidio e lesioni in danno ai lavoratori*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell’economia*, II volume, che sul punto richiama le riflessioni di BARTOLI, *Ancora sul problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp*, in www.penalecontemporaneo.it e MASULLO, *Infortuni (mortalità) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro. Ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Diritto penale e processo*, 935.

responsabilità degli imputati per omicidio colposo, escludendo, quindi, l'ipotesi di omicidio volontario nella forma del dolo eventuale.

L'aspetto più importante, anticipato dall'informazione provvisoria del 24 aprile attiene proprio alla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Secondo la Suprema Corte *“in ossequio al principio di colpevolezza la linea di confine tra dolo eventuale colpa cosciente va individuata considerando e valorizzando la diversa natura dei rimproveri giuridici che fondano l'attribuzione soggettiva del fatto di reato nelle due fattispecie”*.

Si legge, infatti, nella pronuncia che dolo e colpa appartengono a due distinti universi; diversità che si riflette nella *struttura della previsione*, nell'*evento*, nello *scenario dell'agire umano* e nell'*animus*.

Mentre la previsione che caratterizza il dolo eventuale richiede che “l'evento oggetto della rappresentazione appartenga al mondo reale”, che “costituisca una prospettiva sufficientemente concreta” nel senso che la sua verifica sia caratterizzata da un “apprezzabile livello di probabilità”; la previsione dell'esito anti-giuridico nella colpa cosciente, pur non dovendosi confondere con una mera prevedibilità assume contorni più sfumati.

Nella colpa cosciente, spiegano i giudici, si è in presenza del malgoverno di un rischio, della mancata adozione di cautele doverose idonee ad evitare le conseguenze pregiudizievoli che caratterizzano l'illecito.

La colpa rimane figura “accentuatamente normativa” e il rimprovero è di inadeguatezza rispetto ad un dovere precauzionale: nello specifico caso della colpa cosciente il rimprovero si fonderà sulla trascuratezza di chi *“pur consapevole della concreta temperie rischiosa in atto, si astenga dalle condotte doverose volte a presidiare quel rischio”*.

Diversamente, il rimprovero doloso si basa *“sulla positiva adesione all'evento collaterale che, ancor prima che accettato, è chiaramente rappresentato”*.

La Corte respinge la tesi per cui nella colpa cosciente vi sia “una previsione seguita da una contro-previsione, cioè una previsione negativa circa la verifica dell'evento”, da un lato, e rigetta la teoria secondo cui il dolo eventuale sussista in presenza di un “dubbio irrisolto”, dall'altro.

Questo per due ordini di ragioni: innanzitutto, facendo riferimento al dato normativo, si nota come il Codice si limiti a parlare, a proposito della colpa cosciente, di “reale previsione dell’evento”; in secondo luogo, pensare ad un processo mentale di negazione della previsione stessa sottende una “non realistica semplificazione ed idealizzazione della realtà”.

Infine, in relazione alla tesi secondo cui la mera decisione di agire in presenza di un dubbio circa la verificazione dell’evento basti a configurare il dolo eventuale, gli Ermellini ritengono che si realizzerebbe uno svuotamento dell’imputazione da ogni “reale contenuto volitivo” e si avrebbe un “allontanamento inaccettabile dalla categoria del dolo come atto di volontà”.

Quanto all’accettazione del rischio, le Sezioni Unite ribadiscono il principio, espresso nella sentenza di primo grado e valorizzato in quella di secondo grado, per cui questa non può ritenersi avvenuta per una mera disattenzione, noncuranza o disinteresse; è necessaria, piuttosto una *deliberazione con la quale l’agente consapevolmente sceglie fra agire, accettando l’eventualità di commettere l’azione vietata, e non agire*.

Occorre, dunque, accertare “una presa di posizione volontaristica”, “un atteggiamento psichico che indichi una qualche adesione all’evento per il caso che esso si verifichi quale conseguenza non voluta della propria condotta”.

Bisogna, in conclusione, “comprendere se l’agente[...], dopo aver tutto soppesato, dopo aver considerato il fine perseguito e l’eventuale prezzo da pagare, si sia consapevolmente determinato ad agire comunque, ad accettare l’eventualità della causazione dell’offesa”.

Ma vi è di più, la Suprema Corte richiede che l’accettazione e la volizione debbano avere ad oggetto non il rischio di evento ma esattamente l’evento di reato, soppiantando così la teoria dell’accettazione del rischio, reputata fallace e ambigua.

Tuttavia le problematiche legate al dolo eventuale sono intrinsecamente legate al carattere necessariamente indiziario dell’accertamento del dolo: così, i giudici della Corte di Cassazione propongono un catalogo di indicatori ritenuti significativi e affidabili.

Chiaramente, la Corte non manca di precisare che ogni singolo indicatore, per quanto indiziante, va utilizzato con cautela e non può essere ritenuto di per sé sufficiente a ricostruire il processo decisionale dell'imputato.

Spetterà al giudice il delicato compito di valutare gli indicatori sulla base del quadro complessivo, nella consapevolezza che nei casi di incertezza occorre far valere il principio di favore per l'imputato in virtù della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Tra i numero indicatori spiccano:

- la condotta che caratterizza l'illecito (specie negli illeciti di sangue si dovrebbe guardare alle “caratteristiche dell'arma”, alla “ripetizione dei colpi”, “alle parti prese di mira e a quelle colpite”);
- la lontananza della condotta standard che rileva negli ambiti governati da discipline cautelari;
- la storia e le precedenti esperienze del soggetto agente;
- la personalità dell'agente, la sua cultura, intelligenza, conoscenza del contesto in cui sono maturati i fatti;
- durata e ripetizione della condotta;
- probabilità di verifica dell'evento;
- fine della condotta e motivazione di fondo;
- ed infine, la prima formula di Frank.

3.5.5. Le obiezioni della dottrina

Senza soffermarsi sulle perplessità e sul timore che molti degli indicatori generino interpretazioni fuorvianti, è bene tener presente che parte della dottrina non ritiene condivisibile una tesi che nega l'identità del momento rappresentativo delle due forme di colpevolezza in questione perché andrebbe a vanificare l'importanza riconosciuta, in termini di elemento di differenziazione, all'inflessione volontaristica che connota il dolo eventuale.

Ammettere una prima e fondamentale differenza già sul piano della rappresentazione finirebbe per disincentivare la ricerca del giudice circa la sussistenza dell'elemento volitivo.

Alla luce di quanto detto, apparirebbe contraddittoria la stessa posizione assunta dalla Corte nel riconoscere la sussistenza della colpa cosciente in capo agli imputati affermando che l'astratta prevedibilità dell'incendio si è accompagnata dalla concreta previsione dello stesso.

Se vi era questa lucida previsione difficilmente si spiega perché la si faccia rientrare in quella "vaga o sfumata" della colpa cosciente.¹⁹⁰

¹⁹⁰ AIMI, Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp, in www.penalecontemporaneo.it

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sensazione, diffusamente percepita in dottrina, di un diritto penale messo in crisi e manipolato in alcuni dei suoi istituti fondamentali, sembra trovare una chiara conferma nelle tendenze giurisprudenziali volte a valorizzare la categoria del rischio a tal punto da farlo assurgere a parametro unico di valutazione della sussistenza del nesso causale e termine di riferimento del giudizio di prevedibilità ed evitabilità, in ambito colposo.

Nonostante l'ammonimento della sentenza Franzese circa la "volatilizzazione" del nesso eziologico che avrebbe comportato una lettura così riduttiva della causalità omissiva, con particolare riferimento ai settori delle malattie professionali e delle attività medico-chirurgiche continua a registrarsi un'erosione da parte della giurisprudenza del paradigma causale: le intrinseche incertezze legate alla pluralità ed inconoscibilità dei fattori interagenti e, dunque, il carattere altamente ipotetico della condizionalità sembrano giustificare il ricorso ad un metodo di accertamento fondato sul criterio dell'aumento o mancata diminuzione del rischio di lesione del bene protetto.

A ben vedere, l'esito di un siffatto accertamento non potrebbe mai esprimersi in termini di certezza processuale bensì solo ed esclusivamente in termini di maggiore possibilità che una condotta osservante avrebbe salvaguardato il bene giuridico protetto.

Un tale ragionamento pare ricorrente soprattutto nei processi per esposizione a sostanze tossiche (amianto, CVM, etc..) in relazione ai quali si presentano due importanti difficoltà: in primo luogo, l'esteso lasso di tempo che intercorre tra il momento dell'innescio e quello della manifestazione della patologia; in secondo luogo, l'assenza di solide e condivise conoscenze scientifiche.

La teoria del rischio sembra essere un valido escamotage in situazioni così problematiche, specie "se è in gioco la vita umana" e di fronte alla drammaticità dell'accadimento concreto si avverte l'impellenza "morale" di attribuire paternità all'evento.

In verità, non si può in alcun modo giustificare l'erosione del paradigma causale per un semplice motivo: se da un lato è giusto apprestare la massima tutela alle vittime, dall'altro non si può dimenticare la necessità di proteggere l'innocente. La responsabilità penale del datore di lavoro è una "spada di Damocle" pronta a cadere sul suo capo non appena si verifichi la morte o l'infortunio del lavoratore, prescindendo dall'accertamento rigoroso di un nesso causale tra la sua condotta e l'evento ma presupponendo l'esistenza di una posizione di garanzia così onnicomprensiva ed illimitata che in ogni caso "avrebbe dovuto impedire l'evento".

L'introduzione di una flessibilità applicativa delle norme sulla causalità conduce ad una rottura irreparabile rispetto ai principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, malcelando forme di responsabilità oggettiva.

Sul versante della colpevolezza, poi, il timore di una siffatta rottura appare ancor più fondato per diversi ordini di ragioni.

Bisogna fare i conti con una realtà scientifica e tecnologica in continua evoluzione che, senza dubbio, incide pesantemente sulla predeterminazione, riconoscibilità e, conseguentemente, osservanza delle regole cautelari.

Il Testo Unico n.81 del 2008 realizza un articolato meccanismo di gestione e prevenzione del rischio ed è denso di norme "pseudo-cautelari", dal contenuto modale poco determinato e, per questa ragione, potenzialmente invocabili in ogni situazione; senza considerare tutti quei doveri di diligenza autonormati (principalmente attraverso il documento di valutazione dei rischi) che ingenerano una aprioristica diffidenza da parte della giurisprudenza circa l'eshaustività dei loro contenuti.

L'aspetto davvero problematico, in caso di asserita inosservanza di una regola cautelare siffatta, attiene alla fase dell'accertamento, che – se ci si volesse attenere ad un piano squisitamente formale – dovrebbe seguire i passaggi dettati dallo statuto della colpa specifica, essendo di fatto la regola codificata.

Eppure, in questo modo si finirebbe per favorire una semplificazione probatoria inaccettabile che andrebbe ad obliterare il momento di verifica della prevedibilità e dell'evitabilità in concreto, ritenendo che sia un giudizio già formulato a monte dal legislatore, avendo positivizzato quella cautela.

Più verosimilmente, il legislatore, mosso da istanze precauzionali, ha dato vita ad una serie di regole di diligenza elastiche e si conviene con quella dottrina che impone in questa circostanza il ricorso al canone dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*.

Ma, quand'anche si volesse osservare lo statuto della colpa specifica, l'accertamento che l'evento verificatosi sia la concretizzazione del rischio che la norma violata mirava a prevenire viene sostanzialmente vanificato dalla previsione come "tipo di evento" di un evento generico costruito attorno al concetto di pericolo per la salute o l'integrità fisica del lavoratore; sicché la relazione tra evento e cautela violata risulterà sempre integrata.

Insinuatosi dapprima nella trama normativa del Testo Unico e successivamente nella logica giurisprudenziale, il principio di precauzione, oggi, pare incidere fortemente sulla fisionomia dogmatica della responsabilità colposa, specie nei contesti di incertezza scientifica.

Sicuramente bisogna prendere atto che il progresso scientifico e lo sviluppo delle tecnologie hanno comportato profondi mutamenti all'interno della società moderna, tuttavia le incertezze e i rischi inevitabilmente connessi non possono giustificare in alcun modo un'attenuazione del rispetto di quei principi cardine che sono posti a fondamento del diritto penale.

BIBLIOGRAFIA

AIMI, A. *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015.

ALESSANDRI, A. *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 534 ss.

ATTILI, V. *L'agente modello "nell'era della complessità". Tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2006, 1240ss.

BARTOLI, R. *Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso ThyssenKrupp*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

BLAIOTTA, R. *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico-deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 2003, 1176;

BLAIOTTA, R. *La ricostruzione del nesso causale nelle esposizioni professionali*, in *Cassazione penale*, 2006.

BLAIOTTA, R. *Causalità giuridica*, Torino, 2010.

BRAMBILLA, P. *Malattie professionali e nesso causale: una interessante pronuncia della Corte di Cassazione in tema di accertamento della causalità individuale* in *www.penalecontemporaneo.it*, 2014.

CANESTRARI, S. *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base consentito*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

CASTRONUOVO, D. *Fenomenologia della colpa in ambito lavorativo, un catalogo ragionato*, in *www.penalecontemporaneo.it*

CASTRONUOVO, D. *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, 316.

CASTRONUOVO, D. *Il caso Eternit: omissioni di cautele antinfortunistiche e disastro ambientali dolosi*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di) *Casi di diritto penale dell'economia, vol.II impresa e sicurezza*, Bologna, 2015.

CIVELLO, G. *La colpa eventuale nella società del rischio: epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013.

CUPELLI, C. *Non tutto ciò che si può fare si deve anche fare. I rapporti tra obblighi impeditivi, consenso e regole cautelari: il caso dello psichiatra*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2014.

DI BIASE, G. *ThyssenKrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni di dolo eventuale?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

DONINI, M. *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1999.

FIANDACA, G. *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.

FIANDACA, G. *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, osservazioni in margine a Corte d'Assise di Torino, 15 aprile, 2011, in *www.penalecontemporaneo.it*

FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, sesta edizione, Bologna, 2009.

GARGANI, A. *Reati contro l'incolumità pubblica: reati di comune pericolo mediante violenza*, in GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO (diretto da) *Trattato di diritto penale, parte speciale*, vol. IX, Milano, 2008.

GARGANI, A. *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. Pen.*, 2011.

GIUNTA, F. *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *Diritto Penale e Processo* n.5/1999, 620 ss.

GIUNTA, F. *Prudenza nella scienza versus prudenza della scienza?*, in *Dir. pubbl.* 2003, 162 ss.

GIUNTA, F. *Il datore di lavoro* in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

GRASSO, G. *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.

LEONCINI, I. *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999.

LEONCINI, I. *L'obbligo di impedire l'infortunio* in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di) *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

LOTTINI, R. *I modelli di organizzazione e gestione* in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di) *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, 1996.

MANTOVANI, F. *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1997.

MANTOVANI, F. *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001.

MANTOVANI, F. *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009.

MANTOVANI, F. *Diritto penale, parte generale*, Cedam.

MANTOVANI, M. *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

MARINUCCI, G. *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in ALESSANDRI (a cura di) *Diritto penale dell'impresa, Materiali per lo studio*, Torino, 2007.

MARINUCCI, G. *La responsabilità colposa. Teoria e prassi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol.55 n.1, 2012.

MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2015.

MASERA, L. *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Diritto penale e processo*, 2006.

MASERA, L. *La malattia professionale e il diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2011.

MASSARO, A. *Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?* In *www.penalecontemporaneo.it*, 2011.

MASULLO, M.N. *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*. Napoli, 2012.

MASULLO, M.N. *Infortuni (mortalità) sul lavoro e responsabilità penale del datore di lavoro. Ripristinato il primato del modello colposo?*, in *Diritto penale e processo*, 2013.

MICHELETTI, D. *I reati propri esclusivi del datore di lavoro* in GIUNTA-MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010.

MICHELETTI, D. *La posizione di garanzia nel diritto penale del lavoro*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2011.

MINNELLA, M.L. *Infortuni sul lavoro e confini sulla posizione di garanzia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2013.

MUSCO, E. *La contestazione dei reati colposi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1971.

NOTARO, D. *Il caso del Petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e colpa*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, volume II, Bologna, 2015.

PALAZZO, F. *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Diritto penale e processo*, 2009.

PALIERO, C.E. *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv.it.med.leg.*, 1992

PALIERO, C.E. *Il tipo colposo*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e di impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze, 2010.

PULITANÒ, D. *Igiene e Sicurezza del lavoro (tutela penale)* in *Dig. Pen. Agg.*, Torino 2000.

PULITANÒ, D. *Gestione del rischio da esposizioni professionali*, in *Cassazione penale*, 2006.

PULITANÒ, D. *Diritto penale*, Torino, 2015.

SCHAFFSTEIN, in GRASSO, *Il reato omissivo improprio: la struttura obiettiva della fattispecie*, Milano 1983.

SCORDAMAGLIA, I. *Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012.

SGUBBI, F. *Responsabilità per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975.

STELLA, F. *Rapporto di causalità*, in ALESSANDRI (a cura di) *Diritto penale dell'impresa, materiali per lo studio*, Torino, 2007.

SUMMERER, K. *Il caso ThyssenKrupp: la responsabilità delle persone fisiche per omicidio e lesioni in danno ai lavoratori*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di) *Casi di diritto penale dell'economia, volume II*, Bologna, 2015.

VENEZIANI, P. *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1998.

VIGANÒ, F. *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in www.penalecontemporaneo.it

VILLANI, A. *Il caso petrolchimico di Porto Marghera: esposizione a sostanze tossiche e nesso di causalità*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia, volume II*, Bologna, 2015.

ZIRULIA, S. *Il caso Eternit: profili generali in tema di amianto e responsabilità penale*, in FOFFANI-CASTRONUOVO (a cura di), *Casi di diritto penale dell'economia*, volume II, Bologna, 2015.

ELENCO DELLE SENTENZE

- Cass. Pen., sez. IV, 12 luglio 1991, n. 188921
- Cass. Pen., sez. IV, 11 luglio 2001, n. 1574
- Cass. Pen., S.U., 10 luglio 2002, n. 30328
- Cass. Pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675
- Cass. Pen., sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 41944
- Cass. Pen., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 42129
- Cass. Pen., sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 15009
- Cass. S.U., 26 novembre 2009, n. 12433
- Cass. Pen., sez. IV, 15 luglio 2010, n.32195
- Cass. Pen., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786
- Cass. Pen., sez. IV, 21 dicembre 2010, n. 2816
- Cass. Pen., sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411
- Cass. Pen., 24 maggio 2012, n. 33311
- Cass. Pen., sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 42519

- Cass. Pen., sez. IV, 21 dicembre 2012, n. 49821
- Cass. Pen., sez. IV, 14 marzo 2014, n. 22247
- Cass. Pen., S.U., 18 settembre 2014, n.38343